

**PRAWO
A
DZIEJE PAŃSTWA
I USTROJU**

pod redakcją Marii Szyszkowskiej

Białystok 1996

PRAWO
A
DZIEJE PAŃSTWA I USTROJU

pod redakcją Marii Szyszkowskiej

[7.1]



Temida 2

Białystok 1996

© Copyright by Temida 2
Białystok 1996

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

ISBN 83-86137-31-2

237242/1

Opracowanie graficzne okładki
Jerzy Banasiuk, Krzysztof Kruszewski

Opracowanie typograficzne
Krzysztof Kruszewski

Redaktor techniczny
Jerzy Banasiuk

BIBLIOTEKA GŁÓWNA FILII UW
w Białymstoku



FUW0019601

Wydawca: **Temida 2**

264/86

Przy współpracy i wsparciu finansowym Wydziału Prawa
Uniwersytetu Warszawskiego w Białymstoku

Druk: ORTHDRUK, Białystok, tel. 422-517

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	5
Filozoficzne inspiracje prawa rzymskiego	9
<i>Stefan J. Karolak</i>	
Problem aborcji w ustawodawstwach antycznych	29
<i>Franciszek Wycisk</i>	
Żałoba w prawie rzymskim	57
<i>Piotr Niczyporuk</i>	
O reformie prawa w Polsce pod koniec XVIII wieku (Wybrane zagadnienia karnomaterialne)	79
<i>Adam Lityński</i>	
Suwerenność	107
<i>Zbigniew Jerzy Hirs</i>	
Model opieki społecznej w II Rzeczypospolitej	125
<i>Mariusz Mohyluk</i>	
Uznanie administracyjne w doktrynie i orzecznictwie Najwyższego Trybunału Administracyjnego w II Rzeczypospolitej Polskiej	145
<i>Piotr Fiedorczyk</i>	
Litewska droga ku niepodległości. Historia i współczesność przemian ustrojowo-prawnych	179
<i>Antoni Bobrus</i>	
Problem prawa natury	199
<i>Maria Szyszkowska</i>	
Summary	213
Резюме	217

Wprowadzenie

Niniejszą książkę zbiorową traktujemy jako zaczątek kolejnych tomów prac zbiorowych pracowników Zakładu Historii Państwa i Prawa Filii UW w Białymstoku. Ten tom uwyraźnia - jak mamy nadzieję - kierunek poszukiwań naukowych Zakładu; sięganie do przeszłości również dla pogłębionego rozumienia problemów naszych czasów. Wiedza historyczna służy bowiem nie tylko poznaniu tego, co przeminęło, nie tylko pozwala formułować wnioski odnoszące się do przyszłości, ale umożliwia również głębiej przeniknąć czasy teraźniejsze.

Przewidujemy, iż niektóre spośród kolejnych prac zbiorowych Zakładu będą bardziej monotematyczne niż ten, z zamierzenia podejmujący różnorodność zagadnień w wymiarze czasowym od starożytności po dni dzisiejsze.

Książkę otwiera rozdział pióra Stefana Karolaka o filozoficznych inspiracjach płynących z prawa rzymskiego.

Rozdział również o charakterze filozoficznym - piszącej te słowa - zamyka książkę. Zostały w nim zarysowane podstawowe stanowiska prawnaturalne. Biorąc pod uwagę zmienność treści prawa natury - teorie tego prawa zostały ujęte w trzy grupy: o niezmiennej treści, o zmiennej treści oraz rozwijającej się treści. Te ostatnie, dynamiczne, powstały w połowie naszego stulecia. Problem dotyczy pogodzenia tradycyjnych teorii prawa natury, głoszących niezmienną treść - w tym moralnych - ze współczesną teorią ustroju demokratycznego, wskazującą na relatywizm wartości jako jego istotną cechę. Natomiast możliwe do pogodzenia z pluralizmem światopoglądowym ustroju demokratycznego są teorie prawa natury o zmiennej treści, tworzone także współcześnie.

Franciszek Wycisk podejmuje problem aborcji w ustawodawstwach antycznych. Jest to szczególnie interesujące zważywszy aktualne spory w Polsce. W analizowanych przez Autora ustawodawstwach nie było ochrony dziecka nie narodzonego. Spowodowanie

aborcji było karane jako naruszenie interesu męża, ojca, pana - w przypadku niewolnicy - czy samej kobiety.

Żałoba w prawie rzymskim - to temat rozdziału napisanego przez Piotra Niczyporuka. Z kolei o reformie prawa w Polsce pod koniec XVIII wieku pisze Adam Lityński. Zbigniew Hirsch podejmuje złożony problem suwerenności we współczesnych czasach.

Wybrane problemy prawne w II Rzeczypospolitej podejmują: M. Mohyluk odnosząc się do modelu opieki społecznej tamtego okresu oraz Piotr Fiedorczyk w rozdziale „Uznanie administracyjne w doktrynie i orzecznictwie Najwyższego Trybunału Administracyjnego”. Antoni Bobrus zarysowuje litewską drogę ku niepodległości w rozdziale pod takim tytułem.

Tworząc ludzki świat cywilizacji i kultury człowiek tworzy zarazem siebie. Zmieniają się generacje, zmienia się człowiek w stwarzanym przez siebie świecie, ale postać duchowa człowieka i jego nastawienie zdobywcze wobec świata, w swych zasadniczych rysach pozostaje niezmienna. Wyraża się w tym tajemnica więzi ludzkich pokoleń i uwarunkowania epokami poprzednimi.

Człowiek - istota społeczna od wieków walczy o wyzwolenie się od nadmiaru zależności społecznych. Powołuje się często w tej walce na prawo natury, którego nikt nigdy pozbawić go nie zdoła. Ale zarazem nie jest samowystarczalny ani w dziedzinie potrzeb materialnych, ani duchowych. Toteż życie społeczne, wspólne z innymi, jest stanem naturalnym.

Problem granic wolności człowieka w poszczególnych ustrojach, wiąże się najściślej z bytowaniem każdego z nas. Ruchy wolnościowe są znamienne dla historii ludzkości. Nie tylko odczuwana bywa potrzeba wolności, ale i jej gwarancje. Tę rolę spełnia prawo, bez którego w społeczeństwie dochodzi do starć wzajemnie wyniszczających. Prawo jest nieodzowne. Obiecuje każdemu tożsamy - nazwijmy to - krąg, w obrębie którego poczynania obywateli nie interesują państwo. Można wyobrazić sobie każdą jednostkę jako kropkę - cen-

trum koła. Średnice wszystkich kół są równe. Prawo strzeże wolności każdego abstrahując od jego właściwości indywidualnych.

Wolność człowieka jeśli nie ma pozostawać sloganem lecz coś znaczyć, musi mieć określoną pozytywną treść. Prawo określa miarę wolności, lecz nie jej treść. Tu zaczyna się pole działania dla jednostek i ich indywidualności. Zgodnie z tym, co już wyraziłam w książce pt. „Filozofia prawa i filozofia człowieka”, istotę tego swobodnego tworzenia sensu wolności upatruję w możliwości nieskrępowanego niczym wyboru i rozwijania światopoglądu oraz jego realizacji. Również to zagadnienie znajdzie wyraz w kolejnych tomach.

Maria Szyszkowska

FILOZOFICZNE INSPIRACJE PRAWA RZYMSKIEGO

Aristokles, nazwany przez swego nauczyciela gimnastyki, Aristona z Argos, Platonem, założyciel Akademii i twórca metafizycznej teorii idei,¹ dokonując podziału wiedzy ludzkiej rozróżniał: wiedzę o zjawiskach i wiedzę o bycie. W ściślejszym słowa znaczeniu za wiedzę przyjmował tylko tę drugą i tylko tę był skłonny nazwać filozofią.² W tych rozważaniach wszak pod pojęciem filozofii będzie rozumiany zakres tego słowa w taki sposób, w jaki zostało ono ukute także przez greckich uczonych z czasów Platona i związanych z jego Akademią. Idzie tu o ogólną naukę o bycie, o poznaniu i ogólną naukę o wartościach³.

Tak pojmowana filozofia będzie synonimem wiedzy najobszerniejszej, obejmującej wszystko to, co dla człowieka jest ważne, drogie i bliskie. Mimo tak szerokiego rozumienia filozofii, poza zakresem tych rozważań znajdzie się fizyka, rozumiana jako nauka o zjawiskach. Pozostaje więc logika czy, używając antycznego dla niej równoważnika, dialektyka, oraz nauka o wartościach, czyli etyka i estetyka. Ale i to zacieśnienie znaczenia filozofii pozostawia dalej nieostrość jej pojęciowych granic.

Toteż w celu skonkretyzowania pola poszukiwań dla relacji filozofii z prawem rzymskim, jako punkty styczne dla tych dwóch dziedzin, przyjmuje się dwa terminy języka łacińskiego, które są ważne tak dla prawa, jak i filozofii, i stanowią przedmiot refleksji badaczy obu tych dyscyplin⁴. Rzec dotyczy słów *ratio*⁵ i *utilitas*.⁶

Druga kwestia, która się pojawia, to rozumienie prawa w ogóle, a przez to i prawa rzymskiego w szczególności. W tej materii wypadnie na wstępie przyjąć potoczne, intuicyjne rozumienie prawa.

Jest ono bowiem tak dalece sporne, że próba ustalenia jego zakresu znaczeniowego zdominowałaby całość prowadzonych tu rozważań⁷. Nie znaczy to, że autor nie podejmuje żadnych przedsięwzięć na tym polu, ale będą to tylko próby i tylko przy okazji rozważań konkretnych norm prawa rzymskiego. W odniesieniu zaś do samego prawa rzymskiego rzeczą konieczną jest wskazanie, że jego interpretacja obejmować będzie tylko okres klasyczny.⁸ W każdym razie momentem, od którego zwiększone zostanie natężenie światła penetrującego prawo rzymskie, będzie uchwalenie *lex Aebutia*, która choć datowana jest tylko w pewnym przybliżeniu (ok. 130 r. p.n.e.), z całą pewnością wprowadziła postępowanie formułkowe to znaczy, jak stwierdził Gajus, *per concepta verba, id est per formulas*.⁹ Umowną, a przez to przenikalną granicą, zamykającą okres klasyczny prawa rzymskiego, jest rok 284 n.e., rok objęcia tronu cesarza rzymskiego przez Gaiusa Valeriusa Dioclesa, który jako imperator zwał się *Caesar Gaius Aurelius Valerius Diocletianus Augustus*.¹⁰

Przyjęcie umownych ram dla analizy prawa rzymskiego jest konieczne z dwu powodów. Po pierwsze, prawo to związane było z państwem Rzymian od początku rzymskiej *civitas* (legendarna data założenia Rzymu to połowa VIII w. p.n.e.) i podlegało zmianom aż po kres panowania Justyniana Wielkiego, które zakończyło się wraz z jego śmiercią 15 listopada 565 r n.e.¹¹ Zatem, formalnie rzecz traktując, prawo rzymskie, jako obowiązujący system, przetrwało państwo, w którym się zrodziło (upadek cesarstwa zachodniorzymskiego 476 r. n.e.). Rozwijając się nie w Rzymie a w Konstantynopolu, nadal stanowiło *ius populi Romani*.

Jest rzeczą ciekawą, jak niezwykle układają się losy ludzi, ich myśli i dzieł. Justynian spowodował, że prace dawnych jurysprudentes rzymskich (niestety tylko w skromnej części), po koniecznej adaptacji do nowych czasów i nowej religii, zostały włączone do bezcennego dzieła prawniczego, nazwanego później *Corpus iuris civilis*. I oto ten sam Justynian Wielki w roku 529 n.e. dokonuje dwóch aktów: 7 kwietnia konstytucją *Summa* z jego woli ogłoszony jest zbiór rozporządzeń cesarskich, jako urzędowy *Codex Iustinianus*,¹²

który stanowi część *corpus iuris* i w tym samym roku, na mocy ustawy zakazującej poganom wykonywania zawodu nauczycielskiego, zamknięto w Atenach Akademię założoną przez Platona około 380 r. p.n.e. Jeśli by się dopatrywać jakichś magicznych i pewnie nie do końca uprawnionych historycznych współzależności między Atenami (jako filozoficzną stolicą starożytnego świata) a Rzymem (jako faktyczną i prawną stolicą tegoż świata), to godzi się zauważyć jeszcze to, iż w mniej więcej kilkanaście lat od utworzenia Ateńskiej Akademii, w Rzymie, na mocy *leges Liciniae Sextiae* z roku 367 p.n.e., zostaje utworzony urząd pretora (*praetor urbanus*). Jego *imperium* i *potestas* w kwestiach jurydycznych odegrały olbrzymią rolę. Doniosłość tej roli precyzyjnie wyraził jeden z plejady klasycznych prawników rzymskich *Aelius Marcianus*, który w swojej pierwszej księdze *institutionum* stwierdził „*Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*”.¹³

Prawo tworzone przez pretorów, zwane też od honoru, jaki dawało sprawowanie tego urzędu, *ius honorarium*, było, zdaniem tego jurysty, „żywym głosem prawa cywilnego”.

Poczynione obserwacje zmuszają autora tej pracy do bliższego ustosunkowania się w kwestii, najogólniej rozumianego, historyzmu. Ten filozoficzno-metodyczny pogląd na badanie dziejów, nakazujący uwzględnianie okoliczności przejawiania się określonych zjawisk społecznych ze względu na czas i warunki ich powstania, *implicite*, wymaga relatywizowania wszelkich ustaleń poczynionych przez badaczy poszczególnych dyscyplin naukowych, przede wszystkim w odniesieniu do zjawisk życia państwowego i kulturowego wszelkich skupisk ludzkich żyjących w odległej przeszłości. Postawy badaczy poszukujących stałych i niezmiennych właściwości czy wartości mogących istnieć na przestrzeni dziejów, uważane są za ahisteryczne i przez to błędne. Nie ma powodów do izolowania zdarzeń i faktów z ich czasowo i miejscowo określonego otoczenia. Takie postępowanie pomniejszałoby w skutkach prawdziwość uzyskiwanych rezultatów.

Jednakże zmienność fizycznego świata, jego istnienie w czasie i przestrzeni, nie wyłącza ipso facto, a historia rozumiana jako racjonalnie uzyskany i usystematyzowany zbiór wiedzy o przeszłości, zdaje się to potwierdzać, że myśl ludzka penetruje nieustająco pewną rzeczywistość czy, mówiąc językiem greckich filozofów, pewien byt, który mimo zmienności ludzkiej wiedzy o faktach i prawidłach nimi rządzących, nie podlega zmianie. Wszak właśnie, poczynając od jońskich filozofów przyrody, stawiane jest wciąż to samo pytanie: skąd wziął się świat i jaki on naprawdę jest? To przecież jest to samo pytanie, które stawiano w Akademii Platonijskiej: czym jest byt, jak go poznać, czy ma on dla człowieka jakąś wartość, a jeśli tak, to jaką?

Historyzm twierdzi, że wszelka myśl jest pochodną chwili swoich narodzin, że wszelkie wierzenia są właściwe dla określonych ludzi, określonych epok i jako takie skazane są na zaginięcie i zapomnienie. Lecz tak radykalny historyzm jest wewnętrznie sprzeczny, albowiem sam jest produktem myśli ludzkiej i na mocy własnych założeń nie może być prawdą.¹⁴

Poddanie w wątpliwość historyzmu jako, metodologicznie rzecz ujmując, koniecznego i jedyne go sposobu rozumienia dziejów, spełniającego wymóg epistemologicznej poprawności, pozwala na skrócenie perspektywy i przyjęcie siatki pojęć dającej się stosować niezależnie od epoki, w której i do której pojęcia te są odnoszone. Wszak często w stosunku do badań historycznych pada zarzut o braku rozumienia uwarunkowań, mentalności i całego bogactwa otoczenia, w jakim żyli ludzie tysiąc, dwa czy pięć tysięcy lat temu. Ma to prowadzić do przenoszenia obrazu i myśli współczesnego świata w odległe okresy. Takich uproszczeń nie można wykluczyć, ale nie należy też wyolbrzymiać różnic, jakie mogą istnieć między człowiekiem współczesnym a cywilizowanymi narodami antycznego świata.¹⁵

W poszukiwaniu filozoficznych inspiracji dla prawa, w tym w szczególności dla prawa rzymskiego, niezależnie od wyżej przedstawionych uwarunkowań i ograniczeń, nie można pominąć kwestii znaczenia słów i interpretacji wszelkich analizowanych wypowiedzi.

Hermeneutyka, jako dyscyplina naukowa, stosowana od starożytności przede wszystkim do analizy tekstów literackich, w pierwszym rzędzie w odniesieniu do dzieł Homera, współcześnie funkcjonuje w różnych wariantach jako teoria interpretacji. Właśnie objaśniania (HERMENEUTIKÓS) szczególnie jednoczy filozofię i prawo. Ta pierwsza chce być tłumaczem świata w jego całej różnorodności i złożoności, prawo zaś dąży do odkrywania i tworzenia reguł rządzących ludzkimi społecznościami. Jedna i druga dyscyplina potrzebuje jasnego i precyzyjnego wyjaśnienia swoich ustaleń. Starożytni Grecy, oprócz wyżej przytoczonego słowa „hermeneutikos”, używanego do określenia m.in. sztuki tłumaczenia, posługiwali się także czasownikiem „hermeneuo” (HERMENEŪO), który oznaczał tyle co „mówić jasno”, „mówić wyraźnie”.¹⁶

W prawie i dla prawa „mówienie” nie znaczy tylko posługiwanie się głosem, lecz odnosi się raczej do wszelkich sposobów komunikowania swoich myśli czy manifestowania swojej postawy w określonych sprawach lub wyrażania woli, która może być objawiona zarówno przez słowo mówione, jak i pisane, a także przez określone zachowanie się człowieka, przyjmowane w danych warunkach za przejaw woli (facta concludentia). To, że może zachodzić rozdział w rozumieniu tekstu, zaprezentowanego przez nadawcę i przyjętego przez odbiorcę, nie budzi żadnych wątpliwości. W celu wyeliminowania czy choćby zmniejszenia zachodzących w tym względzie różnic, tworzy się języki sformalizowane, języki sztuczne, które pozwalają na ograniczanie nieporozumień. Pewną odmianą języka sformalizowanego jest język prawny.¹⁷ Jednakże pozostaje on nadal w swej fundamentalnej strukturze językiem naturalnym, a przez to odznacza się jego wszystkimi właściwościami, będąc wieloznacznym i wieloznaczącym. Prowadzi to często w praktyce do trudno rozwiązywalnych antynomii. Przełamywanie antynomii jest powinnością w równej mierze prawników i filozofów. Celowe więc będzie przyjrzenie się, jak czynili to starożytni prawnicy i czy filozofia nie była im w tych zmaganiach pomocna. Punktem odniesienia niech będzie najpierw znany w starożytnym Rzymie przypadek dotyczący sprawy Kuriusza.

2. Rzecz dzieje się w Rzymie, 93 lata p.n.e. Republika Kwirytów, wstrząsana wojnami domowymi, wchodzi w swój schyłkowy okres. Za 33 lata, a więc w roku 60. p.n.e., roku zawarcia pierwszego triumwiratu między Cezarem, Pompejuszem i Krassusem, zdaniem autora, ustrojowo kończy się byt republiki rzymskiej.¹⁸ W tym samym czasie prawo rzymskie, a także literatura i język łaciński wchodzi w swój złoty wiek, przez prawników-romanistów nazywany okresem klasycznym, z tym że dla prawa jest to jeszcze przedświt jego szczytowego rozwoju.

Przechodząc do sprawy Kuriusza (*causa Curiana*) warto zauważyć, że była ona sławna w Rzymie, a współcześnie stanowi podręcznikowy przykład, mający świadczyć o rozbieżnościach, jakie mogą zachodzić między formą, w której dochodzi do zaistnienia jakiejś czynności prawnej, a wolą osoby, która tę czynność podejmuje.

Causa Curiana służy także jako ilustracja sposobów interpretowania rozporządzeń testamentowych z zastosowaniem podstawienia zwyczajnego i pupilarnego (*substitutio vulgaris* oraz *substitutio pupilaris*).¹⁹ A oto *casus* Kuriusza. Pewien obywatel rzymski umierając postanowił (w trybie testamentu), że gdyby jego ciężarna żona (jak mniemał) urodziła syna, on właśnie ma być jego dziedzicem (*heres institutus*). Gdyby syn umarł przed osiągnięciem pełnoletności, spadkobiercą ma zostać Mariusz Kuriusz (*heres substitutus*). W rzeczywistości żona testatora nie była w ciąży, nie mogło więc dojść do spadkobrania w drodze substytucji. W tej sytuacji pretensję do spadku wniósł niejaki Marek Koponiusz, jako dziedzic beztestamentowy.²⁰ Powstaje kwestia, kto i na jakiej zasadzie ma być spadkobiercą w tej sprawie?

Przed sądem stu (*centumviri*), właściwym do rozstrzygania spraw spadkowych, stanęli pretendenci do spadku. Rzecznikiem Koponiusza był znakomity *iuris consultus* Quintus Mucius Scaevola Pontifex.²¹ Sprawę Kuriusza wspierał jeden z najwybitniejszych retorów tamtych czasów, Lucius Licinius Crassus. Scaevola uznawany jest za najwybitniejszego prawnika owego okresu. On to opracował i ogłosił znakomite dzieło o prawie cywilnym (*Libri XVIII iuris civilis*). Przed-

stawił w tym dziele prawo wedle pewnych kategorii, dokonując podziału na genera i species, rozciągając go następnie na wszystkie dziedziny prawa cywilnego. Metoda ta (podział generatim) wypracowana została przez filozofów greckich, w tym przy olbrzymim twórczym wkładzie Arystotelesa.²²

W omawianym sporze Scewola występuje przede wszystkim w roli mówcy, choć przecież nie przestaje przez to być jurystą, wybitnym znawcą prawa. Ten, tak właściwy dla starożytności, podział na mówców i prawników, ma swoich przedstawicieli jednoczących obie dyscypliny. Z całą pewnością K.M. Scewola Pontifex nie był wyjątkiem. Inną, wyraźnie rysowaną linię, znajduje się przy podziale prawników i filozofów.²³ Są to, jak się wydaje, umowne podziały.

Zatem Scewola kapłan, prawnik, a w tym procesie mówca, podejmując się obrony roszczeń Koponiusza, ma w swym dorobku życiowym jeszcze jedno doświadczenie - odbyty wraz z tym samym Krassusem, jako kolegą na urzędzie, konsulat w 95 r. p.n.e. Obaj mężowie konsularnii (viri consulares), stając do obrony swoich podopiecznych, bronią tym samym swoich wizji prawa, mając za sobą doświadczenie - sprawowanie najwyższej władzy w państwie.

Scewola przytacza treść testamentu, zgodnie z którym Kuriusz miał dziedziczyć po synu spadkodawcy, jeżeli syn ten nie dożyje pełnoletności, a zatem nie bezpośrednio po samym zmarłym. Przemówienie Scewoli musiało zrobić duże wrażenie, gdyż wedle świadectwa Cycerona „nikt już nie oczekiwał czegoś gładszego, wytworniejszego i lepszego” (Brut. 52,194).²⁴ Po tym przemówieniu czekano na replikę Krassusa. On rozpoczął ją od opowieści o chłopcu, który spacerując nad brzegiem morza znalazł wiośło, a mając je, postanowił zbudować okręt.²⁵

Cyceron uznał, że wstępem tym Krassus zjednał sobie sędziów rozweselając ich.²⁶ Nie wydaje się, aby ten największy z rzymskich mówców był przekonany o możliwości wygrania procesu tylko poprzez rozbawianie sędziów. Sąd był liczny, sprawy spadkowe traktowano w Rzymie z najwyższą powagą, czego dowodem jest skład

centumwiralny, więc musiały być inne, poza humorem, argumenty, które przekonały sędziów o prawie Kuriusza do spadku. A trzeba wiedzieć, że przekonały, gdyż Krassus wygrał spór ze Scewolą i utrzymał spadek dla Kuriusza, a sama causa Curiana stała się modelem przykładowym na to, że w prawie najistotniejsza jest intencja, wola (voluntas), nie zaś forma (verba). I jest to pogląd dosyć powszechny. H. Kupiszewski, w odniesieniu do tej sprawy, powiada: „Przy interpretacji testamentu zwyciężyła nie litera samego aktu, nie verba, lecz voluntas zmarłego”.²⁷

Ciśnię się tu jednakże pytanie: na jakiej to podstawie ustalono wolę defunctora? Sądzić trzeba, że na podstawie testamentu. A czymże jest testament? Najkrócej rzecz ujmując, jest to wola spadkodawcy wyznaczająca dziedzica. A jak ta wola jest manifestowana? Zależy to od formy testamentu. Może być to forma ustna lub pisemna. Co jest nośnikiem informującym adresata testamentu, tak ustnego jak i pisemnego, o woli spadkodawcy? Z całą pewnością jest to słowo. Skąd więc taka zdecydowana manifestacja opozycji, jaka miałyby nieuchronnie zachodzić między słowem a wolą.²⁸

Jest codziennym faktem rozbieżność, jaka zachodzi (jednak nie zawsze) między wolą, myślą i słowem, które je (myśl i wolę) obejmuje i przenosi do odbiorcy. I choćby w trakcie przekazywania nie uroniono ani źdźbła z przekazywanej substancji, to adresat, nawet dobrze zrozumiałwszy słowo, może odebrać jego znaczenie nie tak jak było w intencji autora. Dalej ono (słowo) wywoła w jego jaźni inną myśl i wolę, i obie je skieruje nie tam, gdzie oczekiwałby tego inicjator komunikacji.

Rozbieżność może powstać w każdym punkcie opisywanej relacji po którejkolwiek ze stron. Wszakże jest też codziennym faktem, że ludzie, mimo istniejących trudności, porozumiewają się. A cała historia ludzkiej wiedzy wskazuje na to iż wysiłek tysiącleci kierowany był, między innymi, na to aby to porozumienie uczynić najprecyzyjniejszym i najłatwiejszym, a współczesność dodała do tego światłowodową prędkość. Trzeba powiedzieć, że wysiłek ten jest kontynuowany.

Początki pracy, kładącej diamentowy fundament pod dialektykę i hermeneutykę, podjęli przede wszystkim starożytni Ateńczycy. Sofiści, a zaraz po nich lub może jeszcze razem z nimi Sokrates, szukają nieustannie porozumienia ze swoimi rozmówcami. To właśnie on, Sokrates, syn akuszerki, pomaga w narodzinach nowych myśli. To właśnie Sokrates takie mniej więcej pytanie zadaje swoim rozmówcom: powiedz mi kochanieńki, jak ty to rozumiesz? Co dla ciebie znaczy dobro, co użytek, a co prawo i sprawiedliwość?

Takie pytania dają się wyprowadzić z Sokratejskich dialogów Platona. Sposób ich stawiania, sposób poszukiwania prawdy, pozwolił na uogólnienie tej metody, nazwanej potem heurystyczną. A kiedy Sokrates uzyskał już odpowiedź, obracał ją w swej jaźni, przymierzając doń różne słowa. Tak było w Grecji V i IV w. p.n.e., w niewielkiej polis, której patronowała mądra i roztropna Atena.

Czy podobne problemy komunikowania zaprzętały uwagę Rzymian? Z całą pewnością istniał w Rzymie opór części elity intelektualnej przed nadmiernym wpływem kultury i filozofii greckiej. Ale o ile sztuka i światopogląd mają cechy i charakter właściwy ludziom określonego narodu, o tyle matematyka, logika, chemia czy geometria, nawet Euklidesową zwana, podlegają prawom powszechnym i koniecznym.

Dlatego, niezależnie od udokumentowanego czy domniemanego wpływu filozofii i retoryki greckiej na myśl i jurysprudence rzymską, przesłanki logiczne wpływały na kształtowanie się instytucji prawa rzymskiego, zarówno przed 146 r. p.n.e., kiedy Hellada promieniowała swym dorobkiem intelektualnym, bez zależności administracyjnej od Rzymu, jak i po tym roku, gdy z Grecji utworzono rzymską prowincję pod nazwą Achai.

Po tej myślowej wyprawie na Peloponez czas wrócić do Rzymu, do sprawy Kuriusza, do jej czysto prawnego aspektu. Dla naukowej rzetelności trzeba podkreślić, że stan prawny, analizowany w tym przypadku, ma charakter swego rodzaju domniemania, gdyż ze względu na źródła prawa może to być jedynie ekstrapolacja rozwią-

zań klasycznych, przeniesionych i zastosowanych do okresu, w jakim toczył się omawiany proces (a wyżej już stwierdzono, że był to czas „przedświtu” dla prawa klasycznego). Ekstrapolacji postanowień dotyczących dziedziczenia, w tym szczególnie substytucji, można dokonać przenosząc rozwiązania tych kwestii, przedstawionych w Instytucjach Gajusa (księga II 179-183) oraz w tytule VI De vulgari et pupillari substitutione księgi XXVIII Digestów.

W romanistyce przyjmuje się zgodnie, że *causa Curiana* jest przykładem substytucji pupilarnej. Jak ona była formułowana, prezentuje jasno Modestinus w *libro secundo pandectorum*: „*Heredis substitutio duplex est aut simplex, veluti: „Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto* (jest to typowe podstawienie zwyczajne - *substitutio vulgaris*, przyp. S.K.): *si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto*”.²⁹ (Ta część wypowiedzi przedstawia substytucję pupilarną).

Modestyn, charakteryzując instytucję podstawienia, powiada, że może ona występować jako złożona (*substitutio duplex*) oraz prosta (*substitutio simplex*). Substytucja prosta jest wyznaczeniem dziedzica zastępczego w przypadku, gdy dziedzic ustanowiony (*institutus*) z jakiegoś powodu nie objął spadku i nie doszłoby do dziedziczenia przez tę, wskazaną w pierwszym rzędzie, osobę. Jest to dziedziczenie warunkowe, z dołożeniem warunku zawieszającego.

Istotę tego typu podstawienia, które mogło być wielokrotne (nie ograniczono liczby substytutów), stanowiło prawo do zacieśniania kręgu możliwych spadkobierców tylko do tych osób, które wskaże spadkodawca z zamiarem (jak można sądzić) wykluczenia dziedziców ustawowych (naturalnie z uwzględnieniem ograniczeń prawnych, jakie istniały w tej mierze).³⁰ Substytucja gaśnie z chwilą, gdy dziedzic ustanowiony (*institutus*) nabędzie spadek.

Drugą część wypowiedzi Modestyna, w której odnosi się do substytucji złożonej, w tym zawierającej przykład rozporządzenia pupilarnego, trzeba uzupełnić jego dalszym wywodem. Mówi on: „Sub-

stitutere liberis pater non potest nisi si heredem sibi instituerit: nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet”.³¹ W tych dwóch zdaniach Modestyn wyjaśnia okoliczności i wskazuje przesłanki, jakie muszą być spełnione aby ojciec mógł dokonać podstawięcia w stosunku do własnych dzieci. Według tego jurysty, wymogiem bezwzględny dla ważności takiego rozporządzenia (ustanowienie substytuta dla swego dziecka) jest ustanowienie dziecka swoim spadkobiercą. Gdyby ojciec tak nie uczynił, testament będzie nieważny („nihil in testamento scriptum valet”).³² Przyjmując, że takie normy obowiązywały w odniesieniu do rozporządzeń testamentowych także w okresie, gdy toczyła się *causa Curiana*, to jeśli testator chciał dokonać substytucji pupilarnej, to jest oczywiste, że dziedzicem, przez niego ustanowionym *lege artis*, mógł być tylko zstępny. W omawianym przypadku testator sporządza testament nie mając zstępnych. Pozostaje jednak w przeświadczeniu, że jego żona jest brzemienna i spodziewa się urodzenia syna. W takiej sytuacji spadkodawca, mając na względzie zasadę „*postumus rumpit testamentum*” (narodzenie pogrobowca unieważnia testament), aby nie doprowadzić do zniweczenia swej ostatniej woli powinien go ustanowić dziedzicem lub wydziedziczyć.

Nasz spadkodawca okazał się zapobiegliwym ojcem, zadbał o zaopatrzenie domniemanego syna. Jego zatem (swego spodziewanego syna) czyni dziedzicem (*heres institutus*). Lecz gdyby miało się tak stać, że dziedzic ten nie dożyłby pełnoletności i nie mógł przez to samodzielnie rozporządzić swoim majątkiem, to na taką okoliczność wolą ojca-spadkodawcy jest aby jego dziedzicem, a w rzeczywistości dziedzicem niedojrzałego syna, był *Kuriusz*.

Tak, w skrócie, przedstawia się stan prawny *causa Curiana*. Stan faktyczny zaś jest taki, że żona spadkodawcy nie rodzi dziecka. Nie jest więc możliwe jakiegokolwiek podstawienie. Czy zatem *Scewola*, kierując się racjonalnymi przesłankami, mógł domagać się unieważnienia testamentu i w konsekwencji uznania bezprawności powołania *Kurjusza*, jako substytuta po nigdy nie istniejącym instytucie, którym miał być domniemany pogrobowiec testatora? Trudno założyć, że ten

wybitny prawnik rzymski działał bez pełnego przeświadczenia o swoich jurydycznych racjach lub sądzić, że podjął się prowadzenia sprawy bez przekonania, skaptowany do tej roli z jakichś innych niż słuszność, powodów (nie jest tu ważne z jakich). Można chyba bez specjalnego ryzyka przyjąć, że Scewola prowadził sprawę Koponiusza przeciwko Kuriuszowi w dobrej wierze i w przeświadczeniu, że prawo jest w tym przypadku po stronie jego klienta. Jediną drogą, prowadzącą do powołania (delatio hereditatis) Koponiusza, jako spadkobiercy, było w tej sytuacji obalenie testamentu i przejście z delacji na podstawie testamentu (secundum tabulas) na dziedziczenie ustawowe (ab intestato).³⁴ Jednakże sąd centumwiralny nie podzielił poglądu Scewoli i uznał jednogłośnie, że spadkobiercą testamentu jest Kuriusz.

3. H. Kupiszewski, który poświęcił baczną uwagę *causa Curiana*, stawia pytanie „czy substytucja pupilarna obejmuje substytucję wulgarną”.³⁵

Na rzecz takiego stanowiska można by znaleźć argumenty, ale to, zdaniem autora tych rozważań, nie zdecydowało o zwycięstwie duetu Crassus wraz z jego klientem Kuriuszem. Bardziej przekonujące jest przedstawienie ewolucji interpretacji przechodzącej od *verba* do *voluntas*.³⁶

To prawda, znaczenie samej czy też rzeczywistej woli w stosunkach prawnych, jest nie do przecenienia. W sprawach spadkowych, przy sporządzaniu testamentów, jej autentyczny przejaw ma decydujące znaczenie. Jest wszakże prawdą, że w sytuacjach, gdzie intencją (wołą) uprawnionego jest takie jej postanowienie, które jawnie narusza poczucie sprawiedliwości konkretnej społeczności, to prawo tej społeczności (a prawo rzymskie daje tego liczne przykłady, choćby poprzez system dziedziczenia przeciwtestamentowego) koryguje skutki takiej *voluntas*.

Niezależnie od tej właściwości, prawo rzymskie przejawia jeszcze inne, zdaniem autora, wyraźne, sobie tylko właściwe, znamiona. To one właśnie pozwoliły na taki wyrok, jaki podjął sąd stu mężów.

Causa Curiana nie jest w swej sentencji (zdaniem moim) przypadkiem jakiegokolwiek substytucji, ani wulgarnej, ani pupilarnej.

To, dosyć kategoryczne, stwierdzenie ma swoją podstawę w tym, że aby dopuścić do spadkobrania substytutu, musi bezwarunkowo istnieć dziedzic powołany - institutus. Takiego tu nie było, bo z przyczyn oczywistych być nie mogło, ponieważ, jak się okazało żona spadkodawcy nie była w ciąży. Zatem, dogmatycznie, tzn. z uwzględnieniem istoty substytucji rzecz traktując, stanowisko Scewoli, który uważał testament za nieważny, było w pełni uzasadnione, podważenia w tej konkretnej sprawie być nie mogło.

Postawmy zatem pytanie czy wyrok stu sędziów, uznający Kuriusza jako spadkobiercę, budzi w nas repulsję? U autora tych rozważań nie budzi jej w najmniejszym stopniu. Nie wynika to z żadnej sympatii. Jest natomiast konsekwencją założonej racjonalności prawa. Skoro testament jest instrumentem pozwalającym, w prawem określonych granicach, na odsunięcie od spadkobrania osób, które takie prawo wywodzą z ustawy, a instytucja substytucji (w szczególności substytucja pupilarna) pozwala na dysponowanie majątkiem własnym i zmarłego przed uzyskaniem pubertatis przez instituta, to znaczy, że spadkodawca stara się korzystać z obfitego instrumentarium prawnego aby nie dopuścić do uzyskania spadku przez osoby z grona powołanych na mocy przepisów prawnych.

Starożytni Rzymianie, w granicach uznawanych za zgodne z prawem i dobrymi obyczajami, starali się utrzymać w mocy rozporządzenia testamentowe (*favor testamenti*). Jaki byłby zatem sens, jaka *ratio* przemawiałaby za tym aby urządzenie takie, jak substytucja, zamiast wzmacniać dyspozycyjność własnym majątkiem w drodze decyzji testamentowych, na skutek przeszkód, wynikających z konstrukcji jurydycznych, zmniejszałyby tę dyspozycyjność. *Utilitas* tworzy *ratio decidendi* stapiając się z nią i powoduje, że prawo rzymskie nie pozostaje w jawnej opozycji do życia praktycznego. To właśnie *ratio* i *utilitas* uzasadniają byt i weryfikują, przydatne w konkretnych sytuacjach, określone rozwiązania prawne.

Można też przyjąć, choć nie ma na to pewnych i bezpośrednich dowodów, że zasadność głoszonych poglądów i przedstawianie trafnych, a więc opartych na racjonalnych przesłankach, rozwiązań istotnych problemów prawnych, było już w okresie cesarstwa elementem, który mógł decydować o przyznaniu konkretnemu prawnikowi przywileju *ius respondendi ex auctoritate principis*. To typowe dla Rzymian źródło prawa jest kreacją ich mentalności prawniczej.

Jak ważną rzeczą było poszukiwanie prawidłowego rozwiązania konkretnej sprawy, może świadczyć słynny reskrypt Hadriana, przytoczony przez Gajusa w pierwszej księdze *Institutiones*. Tę znaną wypowiedź godzi się przytoczyć tu w całości: „Odpowiedzi znawców prawa są to zdania i poglądy tych (prawników), którym pozwolono tworzyć prawo. Jeżeli do jednego sprowadzają się ich wszystkich zdania, to, co w taki sposób myślą, zachowuje moc ustawy, jeżeli są natomiast sprzeczne między sobą, sędziemu wolno pójść za którym zechce zdaniem”.³⁷ Jednomyślność *jurisprudentes* jest wiążąca dla sędziego. Dlaczego? Można przyjąć, że w tym stanowisku przejawia się *implicite* pogląd doszukujący się poprawności czy nawet prawdziwości danego rozstrzygnięcia „koncesjonowanych” prawników. Hadrian nie preferuje żadnego z autoryzowanych *jurisprudentes*. Bliiskość współpracy z niektórymi z nich czy wysokie stanowiska, jakie sprawują na jego dworze, nie wpłynęły w żadnym stopniu na moc wiążącą ich wypowiedzi.

Moc bezwzględnie obowiązującą, moc ustawy (*legis vicem optinet*) mają jedynie jednobrzmiące *responsa prudentium* „*quibus permissum est iura condere*”. Jedynym zatem kryterium mocy wiążącej opinii autoryzowanych prawników jest zgodność ich stanowisk w konkretnej sprawie. A czyż zgodność nie jest jednym z kryteriów prawdy? Zgoda powszechna. A w tym przypadku powszechność zgody zacieśniona jest do zgody tych wszystkich, którzy w swej dziedzinie uważani są za znawców. Jednomyślność wszystkich znawców w danej materii jest przecież wciąż uważana za wiarygodne kryterium prawdy. Zatem nieśmiało można by powiedzieć, że *veritas* tak rzadko łączona z prawem przecież niekoniecznie musi mu być obca

To bodajże J. Locke twierdził, że *auctoritas non veritas legem facit*. W swym poglądzie nie był on odosobniony. Ale mimo tego iż w prawie rzymskim *auctoritas* odgrywa olbrzymią rolę i przejawia się w różnych aspektach tego prawa, to jej znaczenie, moim zdaniem, wynika z respektowania *veritas* i racjonalności prawa rzymskiego. Niewątpliwy autorytet prawa jest pochodną jego słuszności i racjonalności. Bez tych walorów, bez *ratio*, bez *aequitas*, normy prawne wspierane nawet największą siłą państwa, autorytetu mieć nie mogą. To *veritas* nadaje prawo *auctoritas*.

Reskrypt Hadriana zawiera jeszcze jedną interesującą właściwość nieważne czy świadomie, czy nieświadomie w nim zapisaną. Oto w sytuacjach wątpliwych, tzn. w takich, co do których nie ma jednoznaczności *jurisprudentes*, sędzia uzyskuje swobodę prawną i faktyczną rozstrzygnięcia sprawy. Swoboda ta nie jest wszak dowolnością. Jest konsekwencją otwarcia w kierunku poszukiwania adekwatności rozwiązania sporu. Jeśli nie ma jednolitego stanowiska prawników, co daje formalne kryterium jego zasadności, to sędzia znający najlepiej toczącą się przed jego urzędem sprawę, ma największe szanse na dokonanie prawidłowej subsumpcji badanego przypadku do normy prezentowanej przez określonego prawnika, mającego *ius respondendi*.

Wydaje się, a autor tych rozważań jest o tym przekonany, że podobne przesłanki legły u podstaw postanowień ustawy raweńskiej o cytowaniu. Jest w niej co prawda zawarta preferencja dla Papiniana, którego zdanie ma przeważać w przypadku podzielenia się poglądów w konkretnej kwestii, ale jest wynikiem jego autorytetu przyjętego na podstawie, jak sądzono, największej uczoności i mądrości tego „księcia” *jurisprudentes*.

Reskrypt Hadriana i ustawy o cytowaniu pozostawiają składom sądującym znaczny margines swobody oceny sytuacji i wolnego powzięcia decyzji. To m.in. jest, zdaniem autora, cechą prawa rzymskiego, które pozwalało na jego stałą aktualność, gdy jego normy były wciąż weryfikowane w dosłownym tego słowa znaczeniu. W ten sposób prawo rzymskie nie uległo petryfikacji, a tam gdzie pewne

formy zastygły w czasie, uzyskały one już postać zespoloną z veritas, a prawda nie starzeje się nigdy. Ratio i utilitas prawa rzymskiego pozwoliły na jego aktywny użytek przez tysiąclecia. Współcześnie żyje ono jako wzór stanowiący ars boni et aequi.

PRZYPISY

1. Platon nie był twórcą słowa „idea”. Idea znaczy m.in. tyle, co rozum, kształt, postać. Sam wyraz istniał w języku greckim na długo przed Platonem, jednakże on uczynił z tego wyrazu fundamentalny termin swej filozofii i nadał mu nową, aktualną do dzisiaj, treść. Zob. w tej kwestii Słownik grecko-polski pod red. Z. Abramowiczówny, Warszawa 1960, t. II, s. 486, a także K. Leśniak, Platon, Wiedza Powszechna 1983, s. 26 i n.

2. Por. W. Tatarkiewicz, Historia filozofii, Warszawa 1978, t. I, s. 14 i n. Zob. też K. Albert, O Platońskim pojęciu filozofii, PAN 1991.

3. Zob. W. Tatarkiewicz, ibidem.

4. Autor ma świadomość istnienia syntezy tych dwóch dyscyplin wiedzy i jej funkcjonowania, tak w obrębie badań naukowych jak i w dydaktyce, w ramach wykładów filozofii prawa.

5. Termin ten ma wiele polskich odpowiedników i nie ma powodu dla wprowadzenia tu, w tym względzie, jakichś zmian lub ograniczeń, lecz trzeba podkreślić, że głównie będzie on pojmowany jako „rozsądek”. Por. Słownik łacińsko-polski pod red. M. Plezi, Warszawa PWN t. IV.

6. W tym przypadku głównym odpowiednikiem polskim tego słowa będzie „koczyść” lub „pożytek”. Por. przyp. 5.

7. Wystarczy wspomnieć, że Baumstarck podaje ponad 40 definicji prawa, nie rozstrzygając jednak piętrzących się sprzeczności, pozostawiając czytelnika bez jednoznacznej odpowiedzi na postawione pytanie. Zob. tego autora, Was ist Recht, Mannheim, s. 16 i n.

8. Spory dotyczące periodyzacji prawa rzymskiego pozostają poza zakresem rozważanej tematyki.

9. Gai III. 30 in fine.

10. O rządach pierwszego cesarza okresu dominatu zob. A. Krawczuk, Poczet cesarzy rzymskich. Dominat, Warszawa 1991, s. 149 i n.

11. Na temat panowania Justyniana zob. A. Krawczuk, *Poczet cesarzy bizantyjskich*, Warszawa 1992, s. 117 i n. Pracę wiele kontrowersyjną, dotyczącą pary cesarskiej Teodory i Justyniana oraz ich otoczenia, stanowi „*Histaria sekretna*” Prokopiusza z Cezarei, Warszawa 1977.

12. Zbiór ten nie zachował się i zwany był później jako *Codex vetus* w odróżnieniu od drugiego wydania nazwanego *Codex repetitae praelectionis*.

13. D. 1.1.8.

14. Zob. na ten temat L. Strauss, *Prawo naturalne w świecie historii*, PAX 1969, s. 30 i n.

15. Wybitny polski romanista S. Wróblewski twierdził, że nie ma powodu wątpić, iż Rzymianie byli ulepieni z innej niż my gliny.

16. Zob. *Słownik grecko-polski* pod red. Z. Abramowiczówny, Warszawa 1960, t. II, s. 307.

17. O różnicach między językiem prawnym a językiem prawniczym zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 81 i n. Takie rozróżnienie może być jednak uproszczeniem w stosunku do języków starożytnych, gdzie język nauki budowany był w języku naturalnym, a jedynie rozbudowa i ścisłość jego nazewnictwa odróżniały go od języka kolokwialnego. To jednak nie może być tu przedmiotem rozważań

18. Ten pogląd zdaje się prezentować także Swetoniusz, bowiem od zawarcia układu między tą trójką wodzów „nic nie miało się dziać odtąd w państwie, co mogłoby się nie podobać jednemu z trzech” (*ne quid ageretur in re publica, quod displicisset ulli e tribus*). Suetonius, Cambridge, Massachusetts, I, 19,2.

19. Dla przykładu popularny podręcznik W. Osuchowskiego w swych licznych wydaniach tak właśnie prezentuje *causa Curiana*. Zob. tego autora *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, PWN publikowany w latach 1962-1971

20. Ten słynny przypadek relacjonuje Ciceron w dialogu *O mówcy* (2,6,24). W literaturze polskiej zob. na ten temat W. Wołodkiewicz, *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1968, s. 30; K. Kumaniecki, *Ciceron i jego współcześni*, Czytelnik 1959, s. 38 i in., H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 185 i n. oraz 195.

21. W tym czasie żyło dwóch wybitnych Mucjuszów noszących nazwisko Scewola. Byli kuzynami. Starszy Scewola Augur, młodszy Scewola pontifex maximus. W sporze przeciwko Krassusowi stawał Pontifex. Obaj z Krassusem byli zaprzyjaźnieni, choć wielokrotnie występowali po przeciwnych stronach w różnego rodzaju procesach. Zob. K. Kumaniecki, *op. cit.* a także P. Bonfante, *Storia del diritto Romano*, Roma 1924 t. I, s. 372.

22. Do sprawy podziału prawa na genera i species przyjdzie jeszcze powrócić.

23. Rozważania te nie mogą służyć jako forum do wniesienia *actio finium regundorum* na okoliczność granicy, jaka może istnieć między prawnikami a filozofami. Zdaniem autora tej pracy nie jest to na pewno „granica naturalna”.

24. Cytuję za K. Kumanieckim, op. cit., s. 39.

25. Współcześnie motyw ten wykorzystywany jest często bez świadomości źródła, z jakiego pochodzi.

26. Zob. K. Kumaniecki, op. cit., s. 39.

27. H. Kupiszewski, op. cit., s. 186 i prezentowane tam stanowiska.

28. Prawu rzymskiemu znane były naturalnie sytuacje celowej rozbieżności, jaka zachodziła między wolą a jej objawem w przypadkach takich, jak *zart* (*iocus*), *reservatio mentalis*, czy symulacja. Także wady oświadczenia woli były przedmiotem zainteresowania *jurisprudentes*. Możliwe warianty, jakie mogą zachodzić między wypowiedzią, jej źródłem, jakim jest myśl, a słowem i jego rozumieniem przez odbiorcę, mogą być różnorodne.

29. D. 28.6.1.1.

30. Idzie tu o wszelkie ustalenia dotyczące dziedziczenia koniecznego, przeciwtestamentowego.

31. D. 28.6.1.3.

32. „*Nihil testamento scriptum valet*” jest formułą, która literalnie rzecz traktując, podważa mogącą pojawić się rozbieżność, jaka zachodzi między pismem a samą wolą przejawioną w słowie. Dosłowna treść tego wyrażenia jest równoznaczna polskiemu „nie jest ważne pisemne rozporządzenie zawarte w testamentie”. Słowo „*scriptum*” występuje tu w materialnym swym znaku, jako „pismo”, „litera”. Natomiast treścią swą wyraża właśnie wolę, która jest istotą testamentu. Zatem, nie wydaje się aby tylko zwykłe, wcale niekonieczne, przeciwstawienie *verba - voluntas* i ich właściwe odczytanie, stanowiło problem, który leży u podstaw *causa Curiana*.

33. Zasady dotyczące podstawiania niedojrzałym zstępnyom odnoszą się także do pogrobowców. Jednoznacznie rozstrzyga to Gajus w Instytucjach: „*Quaecumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum, vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegemus*”.

34. Trudno w tym miejscu jednoznacznie rozstrzygnąć czy powołanie ustawowe byłoby tu ab *intestato* uznające nieważność testamentu (*ex tunc* czy *ex nunc*), czy mniej prawdopodobne *contra tabulas* jako paraliżujące skutki prawidłowo sporządzonego testamentu.

35. Op. cit., s. 185.

36. „Można tu zauważyć - stwierdza H. Kupiszewski - że jak długa, powolna i pełna wybojów była droga współczesnej romanistyki do uświadomienia sobie tego procesu. O. Gradenwitz uczył, że jurysprudencja klasyczna w interpretacji stała na stanowisku verba, a dopiero jurysprudencja bizantyjska poszła w kierunku voluntas. P. Koschaker i C. A. Maschi poszli krok naprzód i przyjęli, że klasycy stali na stanowisku woli utypizowanej (volontà! tipica), a bizantyjczycy na stanowisku woli indywidualnej (volontà! individuale). Szermierzem uznania przy interpretacji woli kontrahentów nie tylko w prawie klasycznym, ale już u prawników późnej Republiki, w szkole serwiańskiej jest J. Stroux, a przede wszystkim S. Riccobono. Zupełnie inną drogą idzie E. Betti, który rozróżniając rezultaty, do których zmierza, i środki, których się używa, mówi o interpretacji psychologicznej lub podmiotowej, technicznej lub przedmiotowej z jednej strony i o interpretacji typowej lub indywidualnej z drugiej strony. Op. cit., s. 186.

37. Gai, 1,7.

PROBLEM ABORCJI W USTAWODAWSTWACH ANTYCZNYCH¹

Ogromna dziś dyskusja i sporo nieporozumień wokół problemu aborcji skłoniły mnie do zajęcia się tą problematyką na odcinku ustawodawstw antycznych i do poszukiwania tu odpowiedzi na pytanie: dlaczego współcześnie zapatrywania ludzi na ten bądź co bądź niebagatelny problem są tak bardzo rozbieżne? Co bowiem dla jednych jest święte i nietykalne, inni uważają i chcą uważać za coś, czym „właściciel” może dowolnie dysponować. A „właścicielem” tym ma podobno być sama ciężarna kobieta.

Całe zagadnienie komplikuje się i przez to, że tak bardzo przeciwnie sobie dziś opcje nie są w wielu wypadkach wcale przejawem czy wyrazem wyznawanego światopoglądu: spotyka się bowiem chrześcijan, którzy opowiadają się za aborcją i spotyka się niechrześcijan, którzy są jej przeciwni. Na czym opierają swoje poglądy jedni i drudzy? Jak przedstawiało się to zagadnienie w ustawodawstwach antycznych, które nie mogły i nie opierały się na cennych osiągnięciach antropologii wraz z jej naukami pomocniczymi, ale zapewne kierowały się racjami rozumowymi nieraz filozoficznymi. Artykuł ma być próbą dania odpowiedzi na te pytania, próbą przedstawienia powyższego zagadnienia ze wskazaniem na racje takiej czy innej opcji.

Świadomie użyto w artykule terminu „aborcja”, a nie „ochrona prawna życia nie narodzonych”, gdyż ona będzie rzeczywiście przedmiotem naszych dociekań. Gdy więc w jakimś ustawodawstwie antycznym natknijemy się na karanie aborcji czy też jej zakaz, bo zgodnie z ówczesnymi poglądami naruszała ona w jakiejś konkretnej sytuacji np. interes męża danej kobiety, dalecy będziemy od zrównywania ta-

kiej karalności i zakazu z ochroną prawną życia nie narodzonych, o jaką przecież współcześnie chodzi pewnej części adwersarzy.

Mówić bowiem o prawnej ochronie płodu ludzkiego i domagać się jej znaczy mówić i domagać się uznania jego podmiotowości, osobowości prawnej i wynikających z niej konsekwencji dla płodu ludzkiego w łonie matki. I na to pragnę zwrócić baczną uwagę. Tymczasem wielka kultura prawna antycznego Rzymu, najbardziej rozwinięta i dojrzała wśród wszystkich pozostałych kultur ówczesnych, wyźłobiła w świadomości jej spadkobierców pewne koleiny myślowe będące odbiciem jednej z jej zasad: osobowość, podmiotowość prawną zdobywa człowiek dopiero w momencie urodzenia się. Nie wcześniej.

Aborcja w prawie sumeryjskim

R. Taubenschlag² zalicza do praw antycznych głównie prawa narodów i państw orientalnych, greckich i hellenistycznych. Do orientalnych, które ze względu na swe ustawodawstwo zasługują na naszą uwagę, należy państwo sumeryjskie, babilońskie, hetyckie, asyryjskie i izraelskie. Wszystkie one wypełniają przestrzeń geograficzną zwaną Azją Przednią, która rozciąga się od wschodnich granic Iranu do Morza Śródziemnego, od Kaukazu i Morza Czarnego do Oceanu Indyjskiego, Zatoki Perskiej i Egiptu,³ i która zwana jest kolebką kultury prawnej.⁴ Twórcami jej były ludy przynależne do dwóch różniących się grup etnicznych - azjatyckiej i semickiej, których ślady zamieszkiwania na tych terenach sięgają piątego tysiąclecia przed Chrystusem.⁵ Ustawodawstwa zaś tych narodów i państw pochodzą z trzeciego i drugiego tysiąclecia przed Chrystusem.

Wybijającym się narodem z grupy azjatyckiej byli Sumerowie, którzy zanim wyparci zostali przez Semitów do południowej Mezopotamii, stanowili w środkowej jej części na początku trzeciego tysiąclecia państwo Akkadu i Babelu.⁶ Oni to stworzyli wysoką kulturę, także kulturę prawną przekazaną zresztą innym ludom Azji Przedniej. Pierwsi próbują nadać przepisom prawnym formę ustaw

stanowionych przez władców poszczególnych miast sumeryjskich.⁷ Tak uczynił władca sumeryjski Urukagina z Lagasz, którego panowanie przypada na około 2400 r. p.n.e.⁸ Inny władca sumeryjski Ur - Nammu z miasta Ur (panuje w latach ok. 2061-2043 p.n.e.) jest autorem zbioru praw zwanego kodeksem Ur - Nammu,⁹ który dotrwał do naszych czasów. Z tego samego mniej więcej okresu pochodzi inny zbiór praw znany jedynie we fragmentach, które opublikował A.T. Cley¹⁰ w 1915 roku. Według obecnego stanu wiedzy, jest to najstarsze źródło prawa, które wyraźnie dotyka problemu aborcji. W tym sumeryjskim prawie powiada się tak:

§ 1. Jeśli (jakiś człowiek) potrąci córkę jakiegoś człowieka (i) spowoduje, że wypadnie zawartość jej wnętrza, winien zapłacić 10 szekeli srebra;

§ 2. Jeśli (jakiś człowiek) uderzy córkę jakiegoś człowieka, (i) spowoduje, że wypadnie zawartość jej wnętrza, winien zapłacić 1/3 miny srebra.¹¹ Dodajmy, że chodzi tu o 20 szekeli srebra.

Zarówno A.T. Cley jak i uczeni niemieccy¹² są zgodni w tym, że w § 1 mowa jest o uderzeniu nieumyślnym, przypadkowym (ang. *jostle*, niemieckie *zufällige*), zaś w § 2 o uderzeniu zamierzonym, umyślnym (ang. *strike*, niem. *absichtliche*). A zatem pośrednio jest tu mowa o winie nieumyślnej i umyślnej pociągającej za sobą stosownie większą karę.

Poza tym podziwu godnym rozróżnieniem spotykanym w tak archaicznym prawie sumeryjskim, wiele spraw pozostaje jednak niedopowiedzianych, a zatem wątpliwych: czy każdy człowiek, także ojciec i mąż, który uderzy i spowoduje poronienie, będzie karany? Czy przez „córkę” uderzoną należy rozumieć córkę w sensie dosłownym i wąskim, czy też szerokim i przenośnym, a zatem każdą kobietę, także żonę, a może nawet kobietę stanu niewolniczego? W zachowanych fragmentach nie ma też mowy o tym, jaka kara spotka sprawcę poronienia, gdy dodatkowym skutkiem uderzenia będzie śmierć kobiety. I nie wiemy również nic na temat karalności albo niekaralności zastosowania innych środków - przyczyn powodujących poronienie,

np. napojów poronnych sporządzanych przez samą kobietą ciężarną lub innych ludzi.

Fragmentaryczność zachowanego prawa sumeryjskiego nie pozwala jednoznacznie odpowiedzieć na te problemy. Wybitnie patriarchalny charakter rodziny sumeryjskiej, sama redakcja analizowanych paragrafów skłania do opowiedzenia się za opinią, która upatruje tu ochronę interesów kobiety, jej ojca, jej męża i ewntualnie jej pana - w przypadku niewolnicy, nie zaś interesów płodu. Driver i Miles¹³ zdecydowanie dopatrują się tu kary za przestępstwo przeciwko kobiecie, nie zaś przeciwko płodowi w łonie kobiety.

Omówiwszy prawo sumeryjskie wróćmy jeszcze do kodeksu Ur - Nammu. Być może, iż to wcześniejsze prawo dotyczyło również problematyki aborcyjnej, skoro w zachowanych art. 16-18 omawiane są różne przypadki umyślnego uszkodzenia ciała; brakujące dalsze artykuły mogły traktować o jeszcze jednej formie uszkodzenia ciała - o spowodowanym poronieniu, skoro prawa i kodeksy antyczne z reguły w grupie przepisów dotyczących uszkodzenia ciała traktowały o aborcji.¹⁴ To stwierdzenie dotyczące zaszeregowania aborcji jest w pewnym sensie pełne wymowy. Aborcja bowiem dla antycznego prawodawcy jawi się jako poważne uszkodzenie ciała kobiety. Zatem była karalna.

Zanim przejdziemy do omówienia praw Hammurabiego zaznaczmy, iż ostatni władca państwa sumeryjsko-akkadzkiego, chylącego się na początku II tysiąclecia p.n.e. ku upadkowi - Lipit-Isztar, władca Isinu (1875 - 1865 p.n.e.), wydał zbiór praw znanych obecnie pod nazwą Kodeksu Lipit-Isztar.¹⁵ Zachowane fragmenty nie dotyczą jednak przestępstw uszkodzenia ciała, a zatem i aborcji. To samo niestety trzeba powiedzieć o nieco starszym od poprzedniego Kodeksie Bilalamy z Eszunnuny, władcy państwa sąsiadującego z Babilonią. Kodeks jest datowany na około 1930 r. p.n.e.¹⁶

Aborcja w prawach Hammurabiego

Najważniejsze dzieło prawodawcze wschodu pochodzi z początku 17. wieku p.n.e.; jego autorem jest Hammurabi, władca i despota Babilonu, państwa powstałego u schyłku 19. wieku p.n.e. na obszarze pomiędzy Eufratem i Tygrysem. Za Hammurabiego Babilonia przeżywa szczyt rozwoju, państwo obejmuje cały obszar międzyrzecza i Asyrię.¹⁷ Kodeks Hammurabiego jest nie tyle zredagowanym i wydany przez władcę nowym prawem, ile raczej uporządkowanym i poprawionym wydaniem prawa już istniejącego, przy czym znawcy przedmiotu jednoznacznie podkreślają, iż wydane przez Hammurabiego Prawa nie stanowią całokształtu systemu prawnego obowiązującego w państwie babilońskim. Obok wrytych na kolumnie praw istniało i było stosowane prawo zwyczajowe; pewne zaś zagadnienia, z racji wymaganej większej elastyczności w ich regulowaniu podlegały bezpośrednio prawodawstwu władcy-despoty, który mógł wydawać własne rozporządzenia, edykty królewskie.¹⁸ O nich to właśnie wspomina Hammurabi w swoim dziele prawodawczym (§ 51; § 89), podobnie zresztą jak to uczynił w swoim dziele Bilalama (§ 58).

Po tych wstępnych uwagach przytoczmy interesujące nas przepisy Praw Hammurabiego.

§ 209 Jeśli pełnoprawny obywatel uderzył córkę pełnoprawnego obywatela i spowodował, że poroniła swój płód, zapłaci 10 szekeli za jej płód;

§ 210 Jeśli ta kobieta umarła, zabiją jego córkę;

§ 211 Jeśli spowodował, że córka poddanego na skutek uderzeń płód swój poroni, zapłaci 5 szekeli srebra;

§ 212 Jeśli ta kobieta umarła, zapłaci 1/2 miny srebra;

§ 213 Jeśli uderzył czyjąś niewolnicę i spowodował, że poroniła swój płód, zapłaci 2 szekele srebra;

§ 214 Jeśli ta kobieta umarła, zapłaci 1/3 miny srebra.¹⁹

Prawdą jest, że uderzenie ciężarnej kobiety i spowodowanie w ten sposób u niej poronienia uważał Hammurabi za czyn przestępczy, a zatem odpowiednio karany. Czy z tego wynika jednak, że prawo jego obejmowało ochroną prawną życie płodu w łonie kobiety uznając je za w jakimś stopniu i sensie nietykalne, za odrębny podmiot prawa? Nie wydaje się.

Jak rozumieć w § 209 sformułowanie „pełnoprawny obywatel” (babil. awilum), które odnosi się do wszystkich cytowanych wyżej paragrafów i stanowi określenie podmiotu czynu przestępczego? J. Klima rozumie je dosłownie uważając, iż takie samo uderzenie kobiety przez poddanego lub niewolnika nie jest tu uwzględnione, gdyż przy przestępstwach omawianych w §§ 209-214 „konsekwentnie brano pod uwagę przynależność klasową zarówno poszkodowanego jak i sprawcy”.²⁰ Innego jednak zdania są tacy znawcy przedmiotu jak G. Driver i J. Miles, a także Pohl i Follet,²¹ którzy uważają, że babil. awilum należy tu rozumieć bardzo szeroko i tłumaczyć przez „ktoś”; a zatem każdy kto uderzy, bez względu na zróżnicowanie stanowe będzie podlegał wyznaczonym karom.

Po wnikliwej naszej analizie dochodzimy do następujących stwierdzeń: w Kodeksie Hammurabiego bardzo często występuje zależność pomiędzy osobą dotkniętą czynem przestępczym i karą zań wymierzaną; zależność ta układa się w pełną prawidłowość: im niższej rangi ta osoba (dotknięta czynem), tym niższej rangi kara, mimo że czyn jest taki sam - zob. np. §§ 196-201; 206-208; 209-214.²² To samo można powiedzieć o zachodzącej zależności pomiędzy osobą, której wyświadczono pewną przysługę (np. operacja chirurgiczna, leczenie chorób), a należnym za nią wynagrodzeniem: im niższej rangi ta osoba (operowana, leczona), tym niższej rangi wynagrodzenie - zob. np. §§ 215-217; 221-223.²³ A zatem spotykamy tu zależność prostą: niższej rangi osoba dotknięta działaniem, osoba operowana, leczona - niższa też zapłata.

Zdarza się, że w Kodeksie Hammurabiego spotyka się także inną jeszcze zależność, mianowicie zależność wysokości kary od osoby sprawcy danego czynu przestępczego: im wyższej rangi jest sprawca,

tym kara będzie niższa - jak ma to miejsce w §§ 202-205: za uderzenie w twarz obywatela przez obywatela mniej godnego - kara 60 uderzeń bykowcem. Jeżeli obywatele byli sobie równi - kara 1 miny srebra. Jeżeli obywatela uderzył niewolnik - kara pozbawienia ucha. Jeżeli poddany uderza w twarz poddanego - kara 10 szekeli srebra.

A zatem u Hammurabiego spotykamy i drugą zależność, odwrotną: im osoba-sprawca czynu przestępczego jest wyższej rangi, tym kara za czyn będzie niższej rangi. Jeśli wyżej wspomnianą karę 1 miny srebra oznaczymy jako „x”, to:

gdy obywatel uderza równego sobie obywatela - kara $x = 1$ mina srebra;

gdy mniej godny obywatel uderza obywatela - kara 60 uderzeń bykowcem (co = umownemu $x + 1$);

gdy niewolnik uderza obywatela - kara ucha (co = umownemu $x + 3$);

gdy poddany uderza poddanego - kara 10 szekeli srebra.

Łatwo zauważyć, że rejestr możliwych „uderzeń” nie jest wcale pełny. Jaka będzie kara, gdy poddany uderzy obywatela, gdy niewolnik uderzy poddanego, gdy obywatel uderzy poddanego? Hammurabi nie daje odpowiedzi. Jego system karny nie jest systemem zwartym, do końca przemyślanym i precyzyjnym. Wiele jest w nim luk. Sądzę, iż dane zawarte np.: w §§ 202-205 służyły sądom jako pewnego rodzaju wytyczne, przy pomocy których wymierzano kary w tych przypadkach, które *expressis verbis* nie zostały tu przedstawione. Wymierzając zaś kary trzymano się - tak uważam - wspomnianych wyżej zależności:

niższej rangi osoba dotknięta czynem - niższej rangi kara;

wyższej rangi sprawca czynu - niższej rangi kara.

Wróćmy do omawianych §§ 209-214. Przytoczone stanowisko J. Klimy nie wydaje się być słuszne. Kodeks Hammurabiego byłby wówczas pełen niedomówień, omawiałby jedynie część możliwych

sytuacji, co jest mało prawdopodobne i co musiałyby znaleźć inne wyjaśnienie. A takiego właściwie nie ma. Ale zupełnie słusznie zauważył J. Klima, iż przy wymiarze sprawiedliwości (także przy nagradzaniu) brano pod uwagę przynależność klasową zarówno poszkodowanego jak i sprawcy. I słusznie też oddała możliwość i przypuszczenie, że np. § 209 obejmuje także sprawstwo poddanego lub niewolnika, którzy byliby za nie karani tą samą karą 10 szekeli co pełnoprawny obywatel. To wydaje się być niemożliwe i nie do przyjęcia.

Słuszne zatem jest chyba stanowisko wyżej wspomnianych uczonych opowiadających się za szerokim rozumieniem sformułowania „pełnoprawny obywatel”, aczkolwiek - naszym zdaniem - ich uzasadnienie nie jest pełne. Wydaje się, iż po niewątpliwie trafnym dostrzeżeniu w Kodeksie Hammurabiego pewnych zależności zwanych przez nas zależnością prostą i odwrotną, winien tu mieć zastosowanie argument „a fortiori”; a zatem ma się rozumieć, że skoro obywatel uderzający córkę obywatelską i powodujący u niej poronienie jest karany, to tym bardziej karany będzie np. poddany, który dopuści się takiego czynu. Gdy idzie zaś o wysokość kary winno się tu stosować wyżej wydedukowaną regułę: im wyższej rangi jest sprawca, tym kara niższa, i na odwrót. Poddany uderzający córkę obywatelską i powodujący poronienie będzie karany przynajmniej taką samą karą co obywatel, a zapewne nawet większą. Ten problem mógł być pozostawiony uznaniu sądów, mógł też być regulowany prawem zwyczajowym.

Podobnie mało precyzyjne jest określenie „córka pełnoprawnego obywatela”, „córka poddanego”. Driver i Miles są zdania,²⁴ że chodzi tu w ogóle o kobiety, a nie tylko o osoby niezamężne, córki, skoro w §§ 210 i 212 „kobieta” (babil. *sinistum*) służy jako absolutnie ogólne wyrażenie na określenie płci żeńskiej w odróżnieniu od płci męskiej.

Godny uwagi jest fakt, że Hammurabi nie wprowadza tu znanego mu przecież rozróżnienia na winę umyślną i nieumyślną.²⁵ Nie wiemy też kto był oskarżycielem w sprawie, jakiego rodzaju była to

skarga - publiczna czy prywatna, komu należała się zasądzona suma pieniędzy.²⁶ Idąc za wnioskami Drivera i Milesa przyjmujemy za bardzo prawdopodobne, iż postępowanie karne wszczynał dzierżyciel władzy nad uderzoną kobietą, bo chodziło tu o przestępstwo prywatne; pieniądze zaś należały się wspomnianemu dzierżycielowi władzy,²⁷ i stanowiły w pewnym stopniu odszkodowanie, w pewnym zaś karę za czyn przestępny.²⁸

Prawdą jest, że w prawie Hammurabiego spotykamy ślady wprowadzonej przez władcę babilońskiego polityki prołudnościowej, prorodzinnej, wszak taka polityka zapewniała państwu między innymi obywatela i żołnierza, zaś ojcu siłę roboczą i następcę w sprawowaniu kultu zmarłych.²⁹ Ten sam kierunek polityki potwierdza też fakt, że Hammurabi nie dał ojcu absolutnej władzy nad dzieckiem, to jest prawa życia i śmierci,³⁰ a na rozwiedzioną kobietę nałożył obowiązek wychowania małoletnich dzieci, zaś wdowom mającym małe dzieci pozwalał wychodzić za mąż jedynie za zgodą sądu.³¹ I dodajmy jeszcze, że w prawie babilońskim przyznawano, według wszelkiego prawdopodobieństwa, płodowi w łonie kobiety ograniczoną zdolność prawną, mianowicie zdolność dziedziczenia majątku ojcowskiego. Dokument potwierdzający to pochodzi z czasów następcy Hammurabiego - władcy Samsu-iluma; po dojściu do pełnoletności Ninib-ram-zirim zwrócił się do sądu ze skargą przeciwko stryjom o wydanie spadku po ojcu, który zmarł przed jego urodzeniem.³²

Mając na uwadze wszystko co wyżej przytoczono, nie jesteśmy wcale skłonni twierdzić, iż przedstawione ustawodawstwo Hammurabiego chroniło płód w łonie kobiety jako istotę ludzką karząc naruszenie jego integralności (§§ 209-214) ze względu na dobro samego płodu. O wiele bardziej przejawia się tu ochrona interesu kobiety i osoby sprawującej nad nią władzę. Potwierdzają to niewątpliwie następujące jeszcze fakty:

1) analizowane §§ 209-214 należą do działu prawa karnego, gdzie w wielu innych jeszcze paragrafach mowa jest o przestępstwach uszkodzenia ciała, narażenia na szwank zdrowia albo dobrego imienia obywatela babilońskiego. Paragrafy 209-214 stanowią in-

tegralną część tego działu i nie sposób je rozumieć inaczej, aniżeli jako traktujące o szczególnym rodzaju uszkodzenia ciała kobiety;

2) przestępstwa poważne były - zgodnie z prawem talionu - karane odwetem ilekroć dotknięty nimi był członek klasy pełnoprawnych obywateli. Za utracone życie ludzkie sięgano po życie ludzkie.³³ I tak jest w § 210: uderzona kobieta umiera, umrzeć musi „córka” sprawcy. Gdyby w § 209 poronienie płodu - wynik uderzenia, było traktowane jako utrata życia ludzkiego, a nie uszkodzenie ciała kobiety, zastosowano by karę odwetu, a więc karę życie za życie. Tymczasem § 209 przewiduje jedynie karę 10 szekeli;

3) w §§ 22-24 omówiony jest rabunek i zabójstwo rabunkowe. W myśl babilońskiej solidarności obrabowany otrzymuje od całej gminy odszkodowanie obejmujące wszystko co mu zrabowano. Jeżeli z rabunkiem złączona była śmierć człowieka, gmina zapłaci z tego tytułu rodzinie 1 minę srebra. Otóż, gdyby w § 209 chodziło o karę za zabójstwo istoty ludzkiej czyli przerwanie życia ludzkiego, kara ta winna być zbliżona do 1 miny srebra albo i wyższa. A wynosi jedynie 10 szekeli.³⁴

4) gdyby prawo Hammurabiego chroniło w przytoczonych paragrafach płód w łonie kobiety winno by konsekwentnie uznać za przestępstwo i karać nie tylko uderzenie kobiety ciężarnej, ale każde poczynanie wymierzone przeciwko życiu płodu. Tymczasem nigdzie nie spotykamy zakazu praktykowania czy chociażby wzmianki o poronieniach dokonywanych przez samą ciężarną albo osoby trzecie. Wiadomo zaś, że modne były napoje poronne.

Aborcja w prawie hetyckim

Państwo Hammurabiego zostało w niedługim czasie podbite przez ludy indoeuropejskie, Hetytów (przybyłych z zachodu poprzez Bosfor) i Kassytów (od strony wschodniej).³⁵ Pierwsi podbiwszy Małą Azję objęli swym panowaniem także Syrię i ziemię Kannan.³⁶ Półowa drugiego tysiąclecia p.n.e. stanowi okres świetności państwa hetyckiego; w tym to czasie powstały prawa znane jako kodeks praw

w języku hetyckim z XIV z p.n.e., wieku którego dochowały się dwa fragmenty, a pierwszy z nich w podwójnej redakcji.³⁷

Prawa hetyckie rozbudowane w zakresie prawa karnego, cechuje większy humanizm niż to spotykamy w dotychczas wskazanych ustawodawstwach Wschodu; pojęcie morderstwa, zabójstwa umyślnego i nieumyślnego jest bardziej precyzyjne, a prawo talionu zda się być wyrugowane.³⁸

Prawa hetyckie dotyczą naszego zagadnienia w §§ 17 i 18, przy czym dodajmy, że poprzedzające je §§ 1-16 omawiają morderstwo umyślne i nieumyślne oraz okaleczenie człowieka.³⁹ W takim to kontekście znajdują się interesujące nas przepisy.

§ 17 Jeżeli ktoś spowoduje poronienie u kobiety wolnej, jeżeli w dziesiątym miesiącu, ma dać 10 szekeli srebra; jeżeli w piątym miesiącu ma dać 5 szekeli srebra, a jego majątek winien za to odpowiadać.⁴⁰

§ 18 Jeżeli ktoś spowoduje poronienie u niewolnicy, jeżeli w dziesiątym miesiącu, ma dać 5 szekeli srebra.

Inna, prawdopodobnie starsza redakcja obu paragrafów nie mówi o stadiach rozwoju płodu, a kara wynosi: w § 17 szekeli 20, zaś w § 18 aż 10 szekeli srebra.⁴¹ A zatem ta redakcja uwzględniająca, jak wszystkie staroorientalne ustawodawstwa, jedynie przynależność kobiety do danej warstwy społecznej jest bardziej czysta, bardziej orientalna. Przyjmuje się, że późniejsze zróżnicowanie płodu na mniej dojrzały i dojrzały jest wynikiem wpływu, jakiemu ulegli Hetyci po osiedleniu się w Azji Mniejszej. Przejęli oni wówczas pojęcia i kulturę prawną ludów sumeryjskich i semickich.⁴²

W obu paragrafach sprawca czynu określany jest bardzo ogólnie jako „ktoś”, podobnie jak i poszkodowana kobieta, w odniesieniu do której ważny jest jedynie jej stan wolny albo niewolniczy. Klasowy charakter prawa i wymiaru kary jest tu czymś oczywistym i normalnym.

Bardzo ogólny charakter sformułowań obu paragrafów rozciąga się także na sposób, w jaki doszło do poronienia. Prawodawca mówiąc o „spowodowaniu” aborcji nie wskazuje ani na uderzenie kobiety, ani też na podanie jej środków poronnych itp. jako na bezpośrednią przyczynę sprawczą poronienia. Nie rozróżnia także sprawstwa umyślnego i nieumyślnego. A zatem należy przyjąć, że każdy kto w jakikolwiek sposób spowoduje u jakiegokolwiek kobiety poronienie, poniesie za ten czyn stosowną karę.⁴³

Przypuszcza się, że sama nawet ciężarna kobieta mogła być objęta tym prawem, na co jednak nie ma dość przekonujących argumentów.⁴⁴ Znaczyłyby to zarazem, że również sama kobieta powodując u siebie w jakiś sposób poronienie, podlegałaby karze. Zaznaczymy raz jeszcze, że są to raczej przypuszczenia wynikające z jednej strony z ogólnego charakteru sformułowań §§ 17 i 18, z drugiej zaś z pewnych faktów współistniejących, jak:

- 1) znajomość roślinnych wywarów czy naparów poronnych;
- 2) sankcje późniejszego nieco prawa sakralnego. Otóż wiadomo, że w myśl tego właśnie prawa pewnymi sankcjami moralnymi objęta była:
 - a) dziewczyna dopuszczająca się aborcji z racji grążącego jej znieśławienia, jakie pociągała za sobą niepożądana ciąża;
 - b) mężczyzna, który przyczynił się do usunięcia płodu;
 - c) kobieta, która przygotowała i podała środki poronne.⁴⁵

Hetyckiemu prawu znane jest zróżnicowanie płodu ludzkiego ze względu na stadia jego rozwoju: pojawia się tu ono po raz pierwszy. Za aborcję bardziej rozwiniętego płodu groziła większa kara, a więc za płód 10-cio miesięczny kara 10 szekeli, zaś za płód 5-ciomiesięczny kara 5 szekeli.⁴⁶ Tyle samo prawo. Wynika z niego, że pewnym wyznacznikiem wartości płodu jest tu wymierzona kara; że wartość ta, a konsekwentnie i wymierzona kara jest proporcjonalna do czasu, czyli do dojrzałości płodu. Wolno chyba stąd wnioskować, że np. za poroniony 7-miesięczny płód kara wynosiła 7 szekeli. Spotykana tu

gradacja kary znajduje - naszym zdaniem - uzasadnienie w ówczesnych odczuciach i przeświadczeniach, że mianowicie z płodem bardziej dojrzałym złączona jest też większa nadzieja przyszłego potomka, która wskutek aborcji zostaje nagle przekreślona. Zniweczenie większej nadziei domaga się większej kary. Zaś bliskość nadziei nowego potomka to przede wszystkim bliskość nadziei nowej siły roboczej. A ta w świecie antycznym liczyła się bardzo.

I wreszcie zagadnienie ostatnie. Nie łatwa jest tu odpowiedź na pytanie dotyczące ratio legis karane jest spowodowanie poronienia u kobiety. To jest pewne. Mało jednak jasne i pewne jest, dlaczego poronienie było karane. Czy dopatrywano się tu naruszenia podmiotowych praw płodu ludzkiego w łonie kobiety, czy też bardziej uwzględniano naruszane przedmiotowe prawa właściciela niewolnicy, a kiedy indziej ojca lub męża kobiety. Innymi słowy pytamy, czyje interesy były tu chronione - płodu ludzkiego czy też interesy właściciela kobiety (w przypadku niewolnicy) i dzierżyciela władzy nad kobietą (w przypadku córki i mężatki)?

Dawniej uczeni nie zadawali sobie w ogóle tego rodzaju pytań. Współczesny człowiek chętnie je stawia i chętnie chciałby usłyszeć na nie odpowiedź. Łatwiej było by jej udzielić, gdybyśmy mieli pewność, że również zamierzone spowodowanie aborcji przez samą kobietę ciężarną było karalne. W tym jednak względzie istnieją zaledwie nikłe przypuszczenia, a niektórzy znawcy przedmiotu wręcz upatrują przyczyny aborcji (gdy idzie o §§ 17-18) w pobiciu kobiety, zadaniu jej ciosów.⁴⁷ A wówczas łatwo jest zinterpretować przewidzianą tu karę w kierunku kary za uderzenie, za okaleczenie kobiety wywołujące poronienie.

Jeżeli w §§ 17-18 dopatruję się raczej ochrony interesów dzierżycieli władzy nad kobietą i ewentualnie interesu samej kobiety, nie zaś jej płodu, to dlatego, że różne są kary za spowodowanie aborcji różnych płodów, tj. mniej i bardziej dojrzałych. Naruszenie interesu samego płodu nie może być obwarowane różnymi sankcjami, większymi i mniejszymi, w zależności od większej lub mniejszej dojrzałości tegoż płodu. A tak czyni prawo hetyckie w §§ 17-18. Przecież

podmiotowe prawo płodu do nietykalności nie jest większe w 10 miesiącu ciąży, a mniejsze w piątym. Owszem, w przypadku 10-ciomiesięcznej ciąży większa jest nadzieja na przyszłego potomka, większe są poniesione trudy i niedogodności związane z ciążą, a one wszystkie przecież dotykały ostatecznie dierzyciela władzy nad kobietą i pana niewolnicy. A zatem naszym zdaniem prawo hetyckie w swoich §§ 17-18 nie chroni interesu płodu, a interes osób trzecich.

Do takiego samego wniosku zda się nas prowadzić analiza § 18. Jeżeli w świecie antycznym niewolnicy byli nie podmiotami a przedmiotami prawa,⁴⁸ to jest rzeczą niemożliwą, aby w § 18 chronione były podmiotowe prawa płodu w łonie niewolnicy, aby chroniony tu był interes płodu, a nie interes pana i właściciela niewolnicy. Jeżeli bowiem wydawała ona na świat dziecko, było to po linii interesów jej pana, czego dowodem jest i ta wiadomość, że z niewolnic czyniono często konkubiny dla spółnienia dzieci. A więc potomstwo, dzieci, i to zarówno z legalnego małżeństwa jak i z konkubinatu były czymś korzystnym, pożądanym dla małżonka i pana. A zatem spowodowanie aborcji tak u kobiety wolnej jak i niewolnicy było przekreśleniem owej korzyści i to stanowiło istotny wzgląd dla którego karano aborcję.

Aborcja w prawie asyryjskim

Najobszerniej aborcja została potraktowana w prawie asyryjskim, gdzie pojawia się szereg zupełnie nowych aspektów. Przyjrzyjmy się najpierw tekstom, które podajemy w tłumaczeniu polskim opartym na angielskim przekładzie oryginału asyryjskiego sporządzonym przez G. Drivera - J. Milesa.⁴⁹

§ 21 Jeśli jakiś człowiek uderzył kobietę (szlachetnie urodzoną) i sprawił, że utraciła owoc swego łona i przeprowadzono oskarżenie i dowód przeciwko niemu, ma zapłacić 2 talenty 30 min ołowiu; należy mu wymierzyć 50 kijów i ma pracować dla króla przez 1 pełny miesiąc.

§ 50 Jeżeli jakiś człowiek uderzył kobietę zamężną i spowodował, że straciła owoc swego łona, żona mężczyzny, który spowodował u drugiej zamężnej kobiety utratę owocu jej łona, będzie potraktowana podobnie jak on potraktował ją; za owoc jej łona on zapłaci na zasadzie życie za życie.

Ale jeśli ta kobieta umiera, mężczyzna będzie skazany na śmierć; za owoc jej łona płaci na zasadzie życie za życie.

Albo jeśli mąż tej kobiety nie ma syna, a jego żona została uderzona i poroniła owoc swego łona, za owoc jej łona ten, który uderzył, będzie skazany na śmierć.

Jeżeli owoc łona jest dziewczynką on niemniej jednak płaci na zasadzie życie za życie

§ 51 Jeśli jakiś człowiek uderzył zamężną kobietę, która nie wychowuje dzieci i spowodował utratę płodu jej łona, ta kara ma być nałożona: zapłaci 2 talenty ołowiu.

§ 52 Jeśli jakiś człowiek uderzył nierządnicę i spowodował utratę płodu jej łona, uderzenie za uderzenie będzie mu wymierzone; w ten sposób płaci na zasadzie życie za życie.

§ 53 Jeżeli jakaś kobieta poroniła owoc swego łona w wyniku własnego działania, a oskarżenie i dowód uzyskane były przeciwko niej, będzie nabita na pal i nie będzie pogrzebana.

Jeśli zmarła na skutek usunięcia owocu swego łona, będzie nabita na pal i nie będzie pogrzebana.

Jeśli ta kobieta ukrywała się kiedy ona straciła owoc swego łona i nie było doniesienia do króla./....⁵⁰

Uwypuklij najpierw zasadniczo różne sytuacje, w których dochodzi do aborcji karanej przez przytoczone prawo asyryjskie.

1. Aborcja zostaje spowodowana przez kogoś z zewnątrz, przez uderzenie względnie pobicie kobiety, i sytuacja druga,

2. Aborcję powoduje sama kobieta ciężarna.

W ramach pierwszej sytuacji mamy kilka różniących się przypadków:

a) uderzona jest kobieta szlachetnie urodzona - skutek: poronienie;

b) uderzona jest kobieta zamężna - skutek: poronienie;

b1) uderzona jest kobieta zamężna - skutek: poronienie i śmierć kobiety;

b2) uderzona jest kobieta zamężna, której mąż nie ma syna - skutek - poronienie;

b3) uderzona jest kobieta zamężna, która nie wychowuje dzieci -skutek: poronienie

c) uderzona jest kobieta nierządnicą - skutek: poronienie.

Przyjrzyjmy się poszczególnym sytuacjom i przypadkom.

ad a) § 21 omawia ten przypadek. Mamy tu do czynienia ze społeczeństwem i prawem klasowym; stąd nic dziwnego, że ten sam czyn, w przypadku klasy wyższej, jest inaczej kwalifikowany i inną sankcją karną zagrożony, podobnie zresztą jak to miało miejsce w Kodeksie Hammurabiego - np. w §§ 202-204. Stąd to uderzenie i aborcja u kobiety szlachetnie urodzonej są karane nie karami prywatnymi, a publicznymi,⁵¹ sam zaś przepis mówiący o tym znalazł się w grupie przepisów regulujących problematykę przestępstw zagrożonych karą o charakterze publicznym. Jest nią z całą pewnością kara chłosty, kara przymusowych robót publicznych. Mało jasne jest komu sprawca ma w ramach kary zapłacić 2,5 talentu ołowiu. Dziwi również fakt, że nie ma tu wzmianki o konsekwencjach karnych w razie gdy uderzona kobieta umiera w wyniku poronienia. G. Driver i J. Miles są zdania, że stosowano wówczas prawo babilońskie (§ 210 Kodeksu Hammurabiego), albo też taki przypadek podlegał karze krwawej zemsty.⁵²

Stwierdzić należy, że pojawia się tu po raz pierwszy kara o charakterze publicznym, że bardzo wyraźnie akcentowany jest interes

państwa, który w jakiś sposób zostaje naruszony, gdy kobieta szlachetnie urodzona poroniła na skutek uderzenia jej przez inną osobę.

ad b, b1) § 50 omawia oba te przypadki. Uderzenie zamężnej kobiety ciężarnej przynależnej do niższej warstwy społecznej, jeśli było powodem poronienia, jest karane na zasadzie „życie za życie”. Znaczy to, że ma być zastosowany odwet: uderzenie za uderzenie - żona sprawcy poronienia ma być w taki sam sposób uderzona.⁵³ Mamy tu zatem nie karę o charakterze odszkodowawczym, ale odwetowym, przy czym jest to typowy dla antycznego Wschodu odwet spotykany również w Prawach Hammurabiego: za zabicie niewolnic zabijane są niewolnice sprawcy, za spowodowanie śmierci córki zabija się córkę sprawcy, za uderzenie żony uderzana bywa żona sprawcy uderzenia.⁵⁴

Gdy jednak dodatkową konsekwencją uderzenia i poronienia była śmierć tej kobiety, sprawca czynu będzie ukarany śmiercią. Co znaczą jednak dalsze słowa § 50: za owoc jej łona płaci na zasadzie życie za życie? Driver i Miles mówią o jednej karze, mianowicie o karze śmierci za oba skutki uderzenia: poronienie i śmierć kobiety ciężarnej.⁵⁵

Wydaje się, że usprawiedliwiona mogłaby być inna jeszcze interpretacja tego przepisu. Za pierwszy mianowicie skutek uderzenia (za aborcję) sprawca ma ponieść karę uderzenia (takiego samego) skierowanego w jego żonę. A więc typowy odwet. Za dalszy skutek uderzenia (za śmierć kobiety) sprawca ma być skazany na śmierć. I to jest logiczne i zgodne z zasadą odwetu. Wydaje się, że dalsze słowa mówiące o tym, że „za owoc jej łona płaci na zasadzie życie za życie” sugerują inną jeszcze karę mianowicie karę uderzenia żony sprawcy. Tak więc dwuczłonowy skutek uderzenia powodowałby zastosowanie dwuczłonowej kary.

ad b2) § 50 omawia ten przypadek, a jest to przypadek szczególny: gdy uderzona roni płód, jej mąż nie ma syna. Widocznie nadzieja na przyszłego syna była czymś tak ważnym,⁵⁶ że jej przekreślenie było szczególnie surowo karane, bo karą śmierci. I jest to kara

swoistego odwetu, bo „śmierć za przekreślenie nadziei”, nadziei na syna; a gdyby się okazało, że poroniony płód to dziewczynka, kara śmierci ma być mimo wszystko wymierzona. Dlaczego? Widocznie dlatego, że mimo wszystko uderzenie i poronienie przekreślało nadzieję na przyszłego syna.

Zauważmy, że w tym przypadku (b2) prawodawca nie mówi o dalszym ewntualnym skutku uderzenia, tj. o śmierci uderzonej kobiety i o zwiększonej karze. Wcześniej (przypadek b1) tak właśnie uczynił zaostrzając karę do kary śmierci, gdy kobieta umierała. Otóż jeżeli teraz (tj. w przypadku b2) tego nie czyni, to dlatego, że wcześniej wymierzył już najwyższą karę - karę śmierci. Zatem mówienie o ewentualnym drugim skutku uderzenia kobiety w aspekcie zwiększenia kary było bezprzedmiotowe.

ad 3) § 51 omawia ten przypadek: Uderzona zameźna kobieta poroniła płód nie mając czyli nie wychowując dzieci. Sprawcę spotyka kara o charakterze odszkodowawczym, bo kara 2 talentów ołowiu. G. Driver i J. Miles są zdania⁵⁷, że chodzi tu o kobietę złego stanu zdrowia i dlatego nie wydała ona na świat potomstwa. Tego rodzaju sytuacja zdaje się skłaniać prawodawcę do łagodniejszego potraktowania czynu przestępczego (uderzenia), czego efektem jest taka a nie inna kara.

ad c) § 52 omawia ten przypadek. Skoro w niektórych prawach antycznych - jak widzieliśmy - karane było spowodowanie aborcji u niewolnicy, nie może nas dziwić karalność uderzenia nierządnicy, gdy skutkiem jego było poronienie. Karą ma być „wymierzone mu uderzenie za uderzenie”. Jak je rozumieć? Czy ma to być uderzenie powodujące śmierć sprawcy, co mogło by sygerować dalsze sformułowanie: w ten sposób płaci na zasadzie życia za życie? Chyba nie, na pewno nie, skoro uderzeniem spowodowana aborcja u kobiety szlachetnie urodzonej nie była tak surowo karana. Tym bardziej tu nie może być mowy o takiej karze. A zatem uważam, że końcowa fraza § 52 (... płaci na zasadzie życie za życie) wskazuje na mającą tu zastosowanie zasadę odwetu, który tym razem dotknie prawdopodobnie samego sprawcę. To on zostanie uderzony.⁵⁸ Bo jest rzeczą

mało prawdopodobną, aby wspomniane uderzenie miało być wymierzone żonie czy córce sprawcy, nie mówiąc o nierządnicy, której sprawca np. nie ma. A zatem stosowana jest tu swoiście pojęta zamiana kar.⁵⁹

I jeszcze jedna uwaga: zarówno w § 21 jak i w §§ 51-52 nie mówi się o sytuacji i karze, gdy na skutek poronienia kobieta umiera. Interpretację tego stanu rzeczy dokonaną przez G. Drivera i J. Milesa przytoczyliśmy już analizując § 21. Przypuszczalnie we wszystkich takich sytuacjach stosowano karę śmierci wobec sprawcy, skoro o takiej karze jest wyraźna mowa w § 50, który tę sytuację uwzględnia. Czyniono tak albo na zasadzie analogii,⁶⁰ albo stosując prawo zwyczajowe, które było tak znane i przestrzegane, iż prawodawca nie widział potrzeby mówienia o tym *expressis verbis*.⁶¹

Przejdźmy obecnie do omówienia sytuacji drugiej, nie spotykanej dotychczas ani w prawie sumeryjskim i babilońskim, ani też w prawie hetyckim i - jak zobaczymy - Mojżeszowym. Została ona zawarta w § 53: ciężarna kobieta sama powoduje poronienie, za co ukarana zostaje wbiciem na pal i zakazem pogrzebania. Jeżeliby w wyniku aborcji zmarła, też zostanie wbita na pal i nie będzie pochowana.

Niezwykła surowość kary wskazuje na kwalifikację czynu, za który kara musi osiągnąć sprawcę, choćby nawet po śmierci. Ponieważ prawodawca mówi bardzo ogólnie o kobiecie, należy przyjąć, iż przepis dotyczy każdej kobiety: zamężnej i niezamężnej, pochodzącej z każdej warstwy społecznej.⁶² I dalej zauważmy, że ukaranie kobiety przez męża, w przypadku gdy sprawczynią aborcji była mężatka, nie jest tu wcale przewidziane. A przecież zgodnie ze strukturą władzy w rodzinie antycznej, to byłoby czymś normalnym.

Dziwne jest również to, że z reguły we wszystkich prawach antycznych wolno było porzucać dzieci narodzone,⁶³ przy równoczesnym karaniu usunięcia ciąży. Tę niezgodność tłumaczą G. Driver i J. Miles tym, że omawiane tu prawo wydano nie bezpośrednio dla ochrony płodu w łonie kobiety, ale dla zapobieżenia popełnianiu przestępstw sakralnych, to jest przeciwnych religii.⁶⁴ A zatem tego rodzaju

ju aborcja była przestępstwem sakralnym, jednym z najcięższych tego typu przestępstw. Z tego to powodu władza państwowa uważała za swój obowiązek przeciwstawić się i nie dopuścić do popełniania przestępstw sakralnych; w konsekwencji umieszczono aborcję w rejestrze czynów przestępczych, karalnych.⁶⁵

Nie kwestionując wywodów wspomnianych uczonych można by w § 53 doszukać się nadto pewnego interesu państwa, któremu mogło zależeć na liczebnym zwiększeniu społeczeństwa. Tak czy inaczej w § 53 spotykamy wyraźną ochronę płodu ludzkiego podjętą w imię interesów religijnych, a może także państwowych. Nie sposób zaprzeczyć, że mamy tu do czynienia z faktem nie mającym precedensu. Równocześnie jednak dodajmy, że spotykana tu ochrona płodu nie wypływa z uznania czy przyznania płodowi ludzkiemu choćby ograniczonej podmiotowości prawnej, osobowości prawnej.

Aborcja w społeczności Izraela

Do semickich plemion zamieszkujących Azję Przednią należeli m.in. także Izraelici, których prawa zawierają również wzmianki na temat aborcji. W mojrzeszowej Księdze Wyjścia (Ex. 21, 22-24) czytamy:

22 Jeśli się powadzili mężowie, a uderzyły który niewiastę brzemienną, tak żeby poroniła, ale sama żywa została, podlegnie karze pieniężnej, jakiej mąż niewsiasty zażąda i osądzą rozjemcy.

22-25 Ale jeśli na nią potem śmierć przysła, odda duszę za duszę, oko za oko, ząb za ząb, rękę za rękę, nogę za nogę, sparzelinę za sparzelinę, ranę za ranę, siniec za siniec.⁶⁶

Pierwsze rodzące się tu pytanie dotyczy umyślności czynu, skoro w tekście mowa jest o takim uderzeniu, aby kobieta poroniła, sama zaś żywa została. Sięgnięcie do oryginału, a więc do Wulgaty⁶⁷ wątpliwość tę rozwiązuje; w Wulgacie nie ma śladu celowego działania, mowa jest o niewątpliwym spowodowaniu poronienia. Z kolei należy sięgnąć do tekstu hebrajskiego, by stwierdzić, że jest w nim mowa

nie o „poronieniu” czy też o „utracie płodu”, ale o „porodzie”, a zatem w tekście chodzi o uderzenie powodujące przedwczesne „urodzenie się” dziecka, które jest albo też nie jest zdolne żyć poza łonem matki.

A zatem w Ex. 21, 22-23 karą zagrożone uderzenie ciężarnej może wywołać następujące skutki:

- a) „urodzenie” się dziecka, które ginie, bo nie jest zdolne żyć;
- b) „urodzenie” się dziecka, które mimo, że przedwczesne, może żyć i żyje;
- c) śmierć kobiety, której płód wypadł na zewnątrz wskutek uderzenia.

Czy oba pierwsze skutki są objęte takim samym rodzajem kary, tzn. karą pieniężną? Są autorzy,⁶⁸ którzy tę karę łączą ze skutkiem drugim, bo uważają, iż należy tu mówić o dwóch różnych przestępstwach: o uderzeniu powodującym utratę przyszłego dziecka oraz o uderzeniu powodującym przedwczesne urodzenie się dziecka, które jednak żyje. W pierwszym przypadku sprawca - ich zdaniem winien jest śmierci, podobnie jak śmiercią ma być ukarany, gdy uderzona kobieta ciężarna umiera.

Wydaje się, że powyższe wnioski idą za daleko i nie znajdują w tekście oparcia. Oba pierwsze skutki podlegają karze pieniężnej, różnica zaś, jak najbardziej widoczna i zachodząca pomiędzy nimi, była zapewne regulowana wysokością sumy pieniężnej żądanej i ustalonej przez męża ciężarnej przy współdziałaniu rodziców. Jest to zresztą pierwszy przypadek, gdy kara grzywny za spowodowanie aborcji nie jest w prawie dokładnie określona, a pozostawiona ocenie zainteresowanych.

Analizowany tekst Ex. 21, 22-24 nie mówi niestety nic bliższego na temat sprawcy aborcji, nie mówi też nic o rodzaju winy - czy było to uderzenie zamierzone, czy mimowolne, aczkolwiek przeciw prawu Mojżeszowemu dobrze był znany podział na winę umyślną i nieumyślną.⁶⁹ Jeżeli przyjąć, że w bójce pomiędzy mężczyznami mogło

raczej dojść do nieumyślnego uderzenia i spowodowania aborcji i śmierci kobiety ciężarnej to dziwić musi, dlaczego za ten czyn wymierzana jest kara odwetu, kara śmierci, skoro za nieumyślne zabójstwo karano łagodniej - co wynika z cytowanego tekstu Ex. 21, 12-14. Czyżby należało tu przyjąć, że w przypadku spowodowania poronienia i śmierci ciężarnej kobiety stosowano jakąś karę łączną, albo że także nieumyślne sprawstwo było tym razem karane surowiej, tj. karą śmierci? Wynikało by stąd, że płód w łonie kobiety był w szczególnie sposób chroniony. Są to jednak nasze wnioski oparte na niepewnych przesłankach, wszak nie mamy pewności co do kwalifikacji czynu przestępczego.

I jeszcze jedno stwierdzenie: w prawie Mojżeszowym nie mówi się nic o przestępstwie aborcji, którego dopuszcza się sama kobieta ciężarna. Gdyby nasz hipotetyczny wniosek o szczególnej ochronie płodu w łonie kobiety miał być prawdziwy, wówczas w prawie izraelskim nie powinno by brakować karalności tej postaci przestępstwa aborcji. A jednak jej nie ma, źródła zupełnie milczą.

Wspomniany brak tłumaczy się tym, że ta postać aborcji była niezwykle rzadkim przestępstwem w Izraelu, a zatem nie istniała potrzeba wyraźnej regulacji prawnej.⁷⁰ Nastawienie bowiem kobiet żydowskich było wręcz sprzyjające wielkiej ilości potomstwa, którego brak był wyrazem braku płodności, braku bożego błogosławieństwa i powodem odczucia swej małowartościowości.⁷¹ Możemy zatem powiedzieć, że teokratyczne prawo Mojżeszowe wcale nie odbiega pod tym względem od pozostałych ustawodawstw, jakimi rządziły się antyczne społeczeństwa Azji Przedniej. Jak wszędzie karane było spowodowanie aborcji przez uderzenie kobiety ciężarnej, a powodem tego była ochrona interesu męża danej kobiety, może także interesu państwa.

PRZYPISY

1. Niniejszy artykuł stanowi pierwszą z dwu części; tu zostały uwzględnione te wielkie ustawodawstwa państw Azji Przedniej, w których zagadnienie aborcji jest omawiane. W części drugiej przedstawiona zostanie aborcja u Greków i w późno-izraelskim prawie Septuaginty, oraz w prawie rzymskim i w patrystyce.

2. Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych, Warszawa 1955, s. 13.

3. J. Bromski, Historia Azji Przedniej, w: Wielka His. Powszechna, t. I, Warszawa 1935, s. 489.

4. por. S. Estreicher, Najstarsze kodeksy prawne świata, Rocznik PAU nr 1(1930), s. 89 nn.

5. J. Bromski, dz. cyt. s. 495.

6. R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 21.

7. S Estreicher, dz. cyt. s. 101; R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 21.

8. Por. G. Cardascia, Droits Cuneiformes, Paris 1956, s. 32; R. Taubenschlag i S. Estreicher opowiadają się za datą ok. 2750 r. p.n.e.

9. Zob. C. Kunderewicz, Kodeks Ur-Namu, w: Czasopismo Prawno-Historyczne, t. X, z. 2/1958, s. 9 nn.

10. Mówią o nim B. Meissner, Babilonien und Assyrien, Heidelberg 1920, t. I s. 149 n.; G. Cardascia, dz. cyt. s. 33; publikacja A. T. Cley'a w: Miscellaneous Inscriptions in the Yale Babilonian Collection, tabl. 28, s. 18.

11. Tłumaczenie z j. angielskiego (A. T. Cley, dz. cyt. s. 20); Jedna mina srebra wynosiła ok. 500 gramów i dzieliła się na 60 szekeli.

12. Por. B. Meissner, dz. cyt. s. 150; F. Dölger, Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes, w: Antike u. Christentum, Bd. IV (1933), Heft 1, s. 4.

13. Por. G. Driver - J. Miles, The Assyrian Laws with translation and commentary, Oxford 1935, s. 107.

14. Tak: Prawa Hammurabiego §§ 209-214; Mojżeszowe prawo, Exodus 21, 22-24; Prawa asyryjskie § 21, §§ 50-53.

15. C. Kunderewicz, Kodeks Lipit - Isztara, w: Czasopismo Prawno - Hist., t. XI, z. 2 1959, s. 29; G. Cardascia, dz. cyt. s. 34; J. Klima, Prawa Hammurabiego, z języka czeskiego przełożył C. Kunderewicz, Warszawa 1957, s. 21.

16. R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 23; G. Cardascia, dz. cyt. s. 34.

17. Zob. R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 23 wraz z wykazem wydań i tłumaczeń Praw Hammurabiego w nocie nr. 10; J. Klima, dz. cyt. s. 39 n.; G. Cardascia, dz. cyt. s. 35.

18. J. Klima, dz. cyt. s. 46 n.

19. J. Klima, dz. cyt. s. 104.

20. J. Klima, dz. cyt. s. 272.

21. Por. G. Driver - J. Miles, *The Babylonian Laws with translation and commentary*, t. I, Oxford 1952, s. 79; A. Pohl, R. Follet, *Codex Hammurabi, transcriptio et versio latina*, ed. 3, Romae 1950, s. 44.

22. Za wybicie oka u pełnoprawnego obywatela ponosi pełnoprawny obywatel karę oka (odwet): za wybicie oka u poddanego ponosi pełnoprawny obywatel karę 1 miny srebra.

23. Lekarzowi za operację u pełnoprawnego obywatela trzeba zapłacić 10 szekeli srebra; za taką samą operację u poddanego trzeba zapłacić już tylko 5 szekeli srebra.

24. Por. *The Babylonian Laws*, t. I, s. 413 n.

25. B. Meissner, dz. cyt. s. 150 i 162 pisze, że postanowienia Hammurabiego dotyczące aborcji nie osiągają nawet tego poziomu perfekcji, który spotykamy w prawie staro - sumeryjskim, gdzie kara była zróżnicowana w zależności od umyślności albo nieumyślności uderzenia. I dalej: „Hammurapi dagegen macht die Unterschiede nur nach der Person, ob die Geschlagene eine Patrizierin, Plebejerin oder Sclavin ist, und nach dem Resultat, ob sie nur abortiert oder auch im Anschluss daran das einbüsst”.

26. Por. G. Driver - J. Miles, *The Babylonian Laws*, t. I, s. 415.

27. Por. G. Driver - J. Miles, *The Babylonian Laws*, t. I, s. 415.

28. Por. J. Klima, dz. cyt. s. 265.

29. Zob. J. Klima, dz. cyt. s. 164, 178.

30. Zob. *Prawa Hammurabiego* § 195, w którym mowa jest o najwyższej władzy ojca; za karę może obciąć synowi rękę, ale nie może go zabić. Por. także J. Klima, dz. cyt. s. 176.

31. Zob. J. Klima, dz. cyt. s. 170 nn.

32. Zob. Moses Schorr, *Ein Anwendungsfall der inspectio ventris im altbabylonischen Rechte*, w: *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, Bd. XXIX (1915), s. 74 nn.

33. Tak jest w wielu przypadkach. Kodeks Hammurabiego nie mówi wprawdzie o zabójstwie i karze zań (było widocznie regulowane przez prawo zwyczajowe i orzecznictwo sądowe - zob. J. Klima, dz. cyt. s. 269 i 217), mówi jednak o zabójstwie umyślnym, podżeganiu do niego i współudziale w nim; mówi o morderstwie rabunkowym (§ 24) i małżonkობójstwie (§ 153); mówi o nieumyślnym zabójstwie (§ 229 i 230: niedbały budowniczy jest powodem śmierci właściciela albo jego syna), i we wszystkich tych przypadkach stosowana jest w zasadzie kara śmierci.

34. 1 mina = 60 szekeli = 480 gramów; 1 szekel = 180 ziarenek = 8 gramów. Karę 10 szekeli w § 209 trzeba uznać za nieproporcjonalnie małą, gdyby to miała być kara, w której wyróżnia się dwa elementy: element odszkodowania (za utracone życie ludzkie, utraconą nadzieję przyszłego dziecka - siły roboczej itd.) i element represji (za czyn przestępny, jakim było uderzenie kobiety ciężarnej).

35. Por. G. Cardascia, dz. cyt. s. 40.

36. Por. R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 26.

37. Por. S. Estreicher, dz. cyt. s. 146; (c.d. zob. tekst) R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 25.

38. Por. E. Neufeld, dz. cyt. s. 129; W. Osuchowski, Prawo antyczne, Kraków 1951, wyd. 3, s. 24.

39. Por. H. Zimmern - J. Friedrich, Hethitische Gesetze aus dem Staatsarchiv von Boghazkói, w: Der alte Orient, 23, 2 (Leipzig 1922), s. 32; S. Estreicher, dz. cyt. s. 116.

40. Są autorzy, którzy tłumacząc tekst hetycki mówią nie o piątym, ale o szóstym miesiącu. Tak np. G. Ricciotti, Dzieje Izraela, Warszawa 1956, s. 212; podobnie F. Dölger, dz. cyt. s. 5; wyżej przetaczamy tłumaczenie E. Neufelda jako najnowsze (na nim będziemy się opierać), które w j. angielskim brzmi: § 17 If anyone causes a free woman to miscarry, if in the tenth month, he shall give ten shekels of silver; if in the fifth month, he shall give shekels of silver, and his estate shall be liable. § 18 If anyone causes a female - slave to miscarry, if in the tenth month, he shall give five shekels of silver. E. Neufeld The Hittite Laws, s. 5.

41. Zob. F. Dölger, dz. cyt. s. 5 gdzie Autor wyraźnie mówi: die „ältere Fassung lautet (...). I dalej stwierdza: Das Strafausmass ist hier, genau wie in den anderen einschlägigen altorientalischen Gesetzbestimmungen, nicht nach der vernichteten Leibesfrucht bemessen, sondern nach der sozialen Schicht der Mutter.

42. Por. F. Dölger, dz. cyt. s. 6; S. Przeworski, Dzieje i kultura Azji Przedniej, w: Wielka Historia Powszechna, Warszawa 1935, t. I, s. 675 nn.

43. E. Neufeld, dz. cyt. s. 136 uważa, iż mimo wszystko chodzi tu o spowodowanie aborcji przez uderzenie ze strony napastnika. W takim razie prawo hetyckie było by pod tym względem powtórzniem prawa babilońskiego.

44. Schrader - Nehring podają, iż u ludów asyryjskich, do których należą także Hetyci, znany był bardzo wcześnie sposób spędzania płodu poprzez użycie odpowiednich wywarów roślinnych. Jeżeli ten sposób znany był prawodawcy hetyckiemu, nie jest wykluczone, że redagując przepisy karzące zabójstwo umyślne i nieumyślne oraz okaleczenie człowieka (§§ 1-18), miał on także na względzie aborcję dokonaną przez samą kobietę ciężarną. Stąd tak ogólne ujęcie §§ 17-18. Powtórzmy: nie jest wykluczone. por. Schrader - Nehring, *Reallexicon der indogermanischen Alterumskunde*, Bd. I, Strassbourg 1917-1923, s. 5-7 pod hasłem „Abtreibung”.

45. Schrader - Nehring, dz. cyt. s. 6. Wszystkie te osoby jako mogące mieć współdział w czynie moralnie nagannym są tu wyliczone, zaś sam czyn nazwany jest grzechem ciężkim - „eine Kapitalsünde”.

46. Problem długości miesiąca w świecie antycznym to problem dawny i powszechny. Hetycki miesiąc był niewątpliwie miesiącem księżycowym, a więc 28-dniowym, skoro ciąża, o której mowa, trwała 10 miesięcy. Wniosek stąd, że Hetyci stosowali rachubę czasu przejętą prawdopodobnie od Babilończyków. Tu za czasów Hammurabiego miesiąc liczył 28 dni. Tymczasem drugi - egipski system liczenia czasu był oparty na zjawiskach związanych ze słońcem (solarny system), a miesiąc liczył 30 dni. Hetycki miesiąc nie mógł zatem być miesiącem solarnym. Por. *Chronologia polska* (praca zespołowa pod red. B. Włodarskiego), Warszawa 1957, s. 28, 34.

47. Zob. wyżej przytoczoną opinię E. Neufelda, przypis nr. 43.

48. Nieco inaczej niż w prawie rzymskim, w prawach antycznych niewolnicy mogli posiadać ograniczoną zdolność majątkową (także w prawie hetyckim), mieli ograniczoną zdolność do czynności prawnych, nieraz mieli także możliwość zawierania ważnych małżeństw, odpowiadali za swe czyny w prawie karnym. Tym niemniej niewolnik i niewolnica zawsze byli własnością swego pana i należeli do jego majątku. Konsekwencje tego były wielorakie, m. in. pan miał prawo wyzyskiwać fizyczne i intelektualne właściwości niewolników. We wszystkich prawach antycznych bez wyjątku - pisze R. Taubenschlag - spotyka się zwłaszcza używanie niewolnic w charakterze konkubin dla płodzenia dzieci. Zob. R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 62-67.

49. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 393.

50. Zaznaczmy, że dalszy tekst nie dochował się, że angielskie tłumaczenie oryginału dokonane przez Drivera - Milesa różni się nieco od tłumaczenia oryginału na j. polski dokonanego przez M. Schorra, *Pomnik prawa staroasyryjskiego*, Lublin 1923, s. 12 i 30.

51. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 108.

52. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 108 n.

53. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 110.

54. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 111.

55. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 111 n.

56. Z reguły we wszystkich prawach antycznych dziecko płci męskiej zajmowało stanowisko uprzywilejowane. Znakomicie ilustruje to list pewnego męża do żony (teren Egiptu), w którym pisze on: jeśli urodzisz dziewczynkę, to ją porzuć, jeśli syna, to go zatrzymaj. Por. R. Taubenschlag dz. cyt. s. 255-257.

57. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 114 n.

58. M. Schorr przetłumaczył końcową frazę § 52 nieco inaczej: „uderzenie za uderzenie mu wymierzą, życie zapłaci”. zob. *Pomnik prawa staroasyryjskiego*, s. 30. Tłumacz sugeruje, że uderzenie stanowi zapłatę za życie dziecka, za życie płodu. Naszym zdaniem jest to zbyt mocne stwierdzenie; dotychczas czegoś takiego nie spotykaliśmy. Bardziej słuszne wydaje się tłumaczenie Drivera - Milea, którzy końcową wzmiankę o „życiu” łączą z zasadą tu spotykaną „życie za życie”, czyli z zasadą odwetu mającą tu pełne zastosowanie.

59. Swoistość owej zamiany - jak sądzę polega na tym, że to sam prawodawca dokonuje takiej zamiany ilekroć odwet w formie bardziej kliszowej jest nierealny. W ramach odwetu można domagać się, aby za uderzenie żony, córki, niewolnicy, została uderzona żona, córka, niewolnica sprawcy. Jak postąpić w przypadku nierządnic? Komu tu oddać „uderzenie za uderzenie”? Prawodawca odgórnie postanowił: samemu sprawcy.

60. Tego zdania są G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 115.

61. Tak ma się rzecz np. z prawami Hammurabiego, gdzie - jak się powszechnie utrzymuje - obok spisanego prawa na kolumnie babilońskiego despoty obowiązywał cały szereg praw funkcjonujących jako prawo zwyczajowe. Zob. J. Klima, s. 46 n.

62. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 116

63. Zob. R. Taubenschlag, dz. cyt. s. 255-257; G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 116.

64. Por. G. Driver - J. Miles, *The Assyrian Laws*, s. 117.

65. Nie bez znaczenia jest to, że antyczne państwa Wschodu, wśród nich Asyria, były państwami o ustroju teokratycznym. Panujący byli ulubieńcami bogów i wykonawcami ich woli. Bóg Marduk sprawował rządu, on nadawał prawa, które swym poddanym panujący jedynie przekazywał. Stąd prawa religijne były identyfikowane

z prawami państwowymi. Do zadań panującego należała bowiem m. in. troska o przestrzeganie praw religijnych, za którymi nieraz krył się interes publiczny, interes państwa. Wykroczenia przeciwko prawu sakralnemu były traktowane jako przeciwne prawu państwa. Zob. E. Dąbrowski, *Religie świata*, praca zbiorowa pod red., Warszawa 1957, s. 126.

66. Pismo Święte Starego Testamentu, w przekł. J. Wujka, wyd. II, Kraków 1956, Ex. 21, 22-25.

67. Zob. *Biblia Sacra*, Romae 1947, Ex. 21, 22-23: Si rixati fuerint viri, et percusserit quis mulierem praegnantem, et abortivum quidem fecerit, sed ipsa vixerit, subiacevit damno quantum maritus mulieris expetierit arbitrii judicaverint. Sin autem mors ejus fuerit subsecuta, reddet animam pro anima, (...).

68. Tak np. A. Clamer, *La Sainte Bible*, t. I, część 2, Exode, Paris 1956, s. 192; zob także Pismo Św. Star. Test. oprac. przez Archutowskiego, Hozakowskiego itd., Warszawa 1927, s. 296, nota do Ex. 21, 22-23.

69. Zob. np. Ex. 21, 12 - 14: kto uderzy człowieka chcąc zabić, niechaj śmiercią umrze. Ale jeśli nie czyhał, ale Bóg go podał w ręce jego, naznaczę tobie miejsce, na które ma uciec. Jeśli by kto umyślnie zabił bliźniego swego i zasadziwszy się zdradliwie, od ołtarza mego oderwiesz go, aby umarł.

70. Taką opinię wygłasza J. Palazzini, *Jus fetus ad vitam eiusque tutela in fontibus ac doctrina canonica usque ad saeculum XVI*, Urbanae 1943 s. 38, przyp. nr. 1.

71. Zob. Gen. 4, 1; 33, 5; 29, 31-35; 30, 1-21; 30, 22-24.

ŻAŁOBA W PRAWIE RZYMSKIM

Prawo jest nierozzerwalnie związane z człowiekiem, z jego życiem. W Starożytnym Rzymie towarzyszyło mu ono od urodzenia aż do śmierci. Z chwilą śmierci powstał obowiązek zachowania żałoby po bliskich. Był on określony przez obyczaje. W pewnych określonych przypadkach normowany był przez prawo.

Wiara w życie pozagrobowe, w istnienie podziemnego świata zmarłych oraz duchów, tych drobnych, opiekuńczych - Manów, oraz mściwych - Lemurów, skłaniała Rzymian do stosowania pewnych obrzędów pogrzebowych i do przestrzegania swoistego stylu zachowań. Zauważyć w nich można wiele form podobnych do stosowanych przez Greków.¹ Do zwyczajów rodzinnych dołączyły wierzenia i zwyczaje greckie, by wymienić chociażby taki szczegół, jak wkładanie monety do ust zmarłego.

Kiedy rodzina orientowała się, że zbliża się moment zgonu, ktoś z najbliższych krewnych zbliżał usta do ust konającego, przejmując niejako jego ostatnie tchnienie. Reszta obecnych podnosiła w tym czasie głośny lament - *conclamatio*,² *clamor supremus*, wzywając po imieniu tego, który odchodził od nich na zawsze, by, jak chciały wierzenia, odwołać odchodzącą duszę, w istocie zaś, żeby upewnić się, że człowiek ten już nie żyje.

Conclamatio przechodziła wśród lamentów w ostatnie pożegnanie - *extremum vale*. Jest to zwyczaj wzruszający i poświadczony przez wiele świadectw.³ Połączony jest on z wierzeniem, że dusza uchodzi z ciała przez usta.⁴ Ciało układano następnie na podłodze, by zmarły

nie tracił kontaktu z matką-ziemią. Wówczas też wygaszano ogień w ognisku domowym.

Ciało ubrane w togę odpowiednią do godności i stanowiska zmarłego układano na marach - lectus funebris, które ustawiano w atrium, nogami do drzwi wejściowych. Przy marach były lampki oliwne albo stali niewolnicy z płonącymi pochodniami a dokoła rodzina, przyjaciele.

Dom dekorowano gałązkami cyprysu czy sosny, drzew poświęconych bogom podziemia. Informowały one przechodniów, że mijają miejsce, gdzie znajdują się zwłoki zmarłego.⁵

Zwłoki na marach były wystawione przez kilka dni, od trzech do siedmiu. Po tym okresie urządzano pogrzeb.

Oznaką żałoby był kolor czarny lub szary. Noszono przede wszystkim ciemne stroje. W okresie cesarstwa kobiety miały obowiązek nosić białe suknie żałobne zamiast czarnych; zamiast togi nosiły reclinium - prosty, czworokątny żałobnik (płaszcz żałobny).

Będący w żalu z powodu śmierci bliskiej osoby powstrzymywali się od zakładania ozdób złotych, częściej zmiany toalet i udziału w ucztach. Nie używano w stroju barw błyszczących (jaskrawych), takich jak purpura. Kobiety nosiły nieuporządkowane włosy. Mężczyźni zapuszczali brodę.⁶ Wszystko to, co jest nam wiadome na temat żałoby wyrażanej w stroju każe sądzić, że postanowienia dotyczące ubioru były bardziej rygorystyczne w stosunku do kobiet, mniej w odniesieniu do mężczyzn.⁷

Z domu żałobnego zwłoki należało przenieść na miejsce, gdzie miały być złożone w grobie, albo na plac gdzie je palono. W wypełnieniu tej ostatniej posługi zmarłemu towarzyszył orszak pogrzebowy - exequiae, który niekiedy przy wielkiej wystawności pogrzebu, przemieniał się w barwne widowisko. Wydawano na ten cel ogromne sumy. Jedni robili to kierowani uczuciem dla osoby zmarłej, inni chęcią popisania się. Orszak pogrzebowy otwierali muzykanci, auliści - tibicines oraz niewolnicy niosący pochodnie. Za nimi szły

wynajęte płaczki, zawodzące żałobne pieśni - *neniae*. O ile zmarły piastował za życia urzędy, niewolnicy nieśli pęki różeg liktorskich skierowanych ku ziemi na znak żałoby,⁸ a orszak przechodził przez Forum Romanum.

Płaczki dawały wyraz ogromnej rozpacz: uderzały się w piersi, rwały włosy, lały łzy i wydawały przeraźliwe krzyki. Od czasu do czasu jedna z nich o największym głosie śpiewała elegię o zmarłym. Potem wszystkie zawodziły z towarzyszeniem fletu. Słowa żałobnych zawodzeń były tak bardzo niedorzeczne, bez wyrazu, że nadano im nazwę *nenia*.⁹ Nieraz były tak płocze, iż nie zasługiwały na słuchanie, a zwłaszcza na przywiązywanie do nich uwagi.¹⁰

Dalej szli klienci albo wynajęci ludzie w nałożonych na twarzach maskach przodków zmarłego, każdy w ubraniu, jakie przysługiwało zmarłemu z racji zajmowanych za życia stanowisk. Za nimi niesiono łupy wojenne zdobyte ongiś przez zmarłego, a także bliskie mu przedmioty. Dopiero teraz ludzie wynajęci lub wyzwolenicy nieśli mary z ciałem zmarłego, któremu towarzyszyła rodzina, przyjaciele, wyzwolenicy, znajomi. O ile był to człowiek, w chwili śmierci, sprawujący urzędy, szli także urzędnicy i senatorowie. Orszak pogrzebowy zamykał tłum.¹¹

Orszak kierowano na miejsce, gdzie zwłoki miały być złożone w grobie, albo na plac, gdzie je palono.

Jak widać z powyższych opisów w Rzymie obrzędy pogrzebowe pochłaniały ogromne sumy, dlatego też pojawiły się ograniczenia w tym względzie. Ograniczenia ustanowione w zakresie obrzędów dotyczących pochówków i żałoby mają charakter normy prawnej, która nakazywała zmniejszenie przepychu i wystawności towarzyszącej pogrzebom. Pierwsze ograniczenia przepychu w zakresie obrzędów pogrzebowych i żałoby pojawiły się już w Ustawie XII Tablic.¹² Dyspozycje dotyczące tych obrzędów znalazły się w prawie nie tylko po to, aby uniknąć naruszenia zasobności prawnej, ale także po to, aby nie dopuścić do zwiększenia różnicy między patrycjuszami i plebe-

juszami uwidocznionej w przepychu uroczystości związanych ze śmiercią i pogrzebami bliskiej osoby. Cyceeron tak ocenia ustawodawstwo XII Tablic:

„Haec laudabilia, et locupletibus fere cum plebe communia. Quod quidem maxime e natura est, tolli fortunae discrimen in morte”.¹³

Wystawność patrycjuszów rozwijała się w pierwszym wieku istnienia Rzymu i była konsekwencją wzrostu znaczenia arystokracji w społeczeństwie.

Przepisy zawarte w X tablicy Ustawy XII Tablic dotyczą szeroko pojętych kosztów pogrzebu - ich zmniejszeniu oraz nakazują ograniczenie żałobnych wyrzekań w czasie obrzędów pogrzebowych.

„Extenuato igitur sumptu tribus reciniis et tunicula purpurea et decem tibicinibus tollit etiam lamentationem”.¹⁴

Ustawa ograniczała żałobny strój kobiet zwany recinium do trzech sztuk oraz purpurowej tuniki. Liczbę ualistów ustalono na dziesięciu, co utrzymało się i w czasach późniejszych.¹⁵

Nie jest do końca jasna sprawa trzech szat żałobnych. Recinium było częścią stroju żałobnego, który sprawiano specjalnie na pogrzeb. Niektórzy sądzą, że chodzi o szaty, które palono na stosie. Inni, że o ilość uczestniczek, które mogły w takim, prawdopodobnie kosztownym stroju wystąpić na pogrzebie. Lidia Winniczuk uważa, że druga interpretacja wydaje się bliższa prawdy.¹⁶ Marian Plezia tłumaczy wyraz ricinium jako chustka na głowę, woalka noszona w żałobie.¹⁷

„Mulieres genes ne radunto, neve lessum funeris ergo habento”.¹⁸

Ustawa XII Tablic zabraniała kobietom, które były w żałobie drapania policzków i opłakiwania zmarłego.

Istnieją rozbieżności co do znaczenia wyrazu „lessus”.

„Hoc ueteres interpretes Sex. Aelius, L. Acilius non satis se intellegere dixerunt, sed suspicari uestimenti aliquod genus funebris, L.

Aelis lessum quasi lugubrem eiulationem, ut uox ipsa significat; quod eo magis iudico uerum esse, quia Solonis id ipsum uetat”.¹⁹

Tak więc w powyższym takście Cynceron wyjaśnia, że dawni znawcy prawa różnie interpretowali to słowo. Zdaniem Sekstusa Eliusza i Lucjusza Acyliusza wyraz „lessus” oznacza jakąś szatę żałobną. Natomiast Lucjusz Eliusz uważa, że wyraz ten oznacza coś w rodzaju płaczących biadoleń, gdyż na to wskazuje samo jego brzmienie. Cynceron przychyliła się do drugiego poglądu, gdyż - jak powiada - tego właśnie zabrania prawo Solona.

Interpretacja Lucjusza Eliusza poparta przez Cyncerona wydaje się słuszna i dlatego chyba Marian Plezia tłumaczy wyraz „lessus” jako opłakiwanie zmarłych, płacz w czasie pogrzebu.²⁰

Ustawa XII Tablic zabraniała również urządzania kilkakrotnych pogrzebów:

„Homine mortuo ne ossa legito, quo post funus faciat. Excipit bellicam peregrinamque mortem”.²¹

Znosiła ona dodatkowe obrzędy pogrzebowe, które przyczyniły się do zwiększania kosztów. Zakazane było zbieranie kości zmarłego, by wyprawić mu pogrzeb. Odstępowano od tego zakazu tylko w stosunku do osób, które zginęły na wojnie lub zmarły na obczyźnie.

Nie wiadomo bliżej o co chodzi we wspomnianym zakazie. Przypuszczalnie dotyczył on ograniczenia wyprawiania jednej osobie kilku pogrzebów. Wiązało się to z tym, że o ile ciało palono, to po zebraniu szczątków do urny i przy składaniu jej do grobu urządzano ponowny pogrzeb, który przepychem i wystawnością dorównywał pierwotnemu. Pociągało to za sobą nowe wydatki. Wobec tego pojawiły się ograniczenia w tym względzie. Odstępowano od tego zakazu w stosunku do osób, które zmarły na obczyźnie lub zginęły na wojnie. Dozwolone było więc zebranie kości zmarłego, by pogrzebać je w ziemi ojczystej. Naskicowane tutaj wytłumaczenie musi pozostać hipotezą z powodu braku innych źródeł.

Tablica X zawiera też następujące przepisy:

„Haec praeterea sunt in legibus + de unctura quae: servilis unctura tollitur omnisque circumpotatio, que et recte tollitur neque tollerentur, nisi fuissent. Ne sumptuosa respersio, ne longae coronae nec acerrae pratereantur”.²²

Nakazywała oszczędne namaszczenie i skrapianie ciała, a niewolnikom w ogóle odmówiono prawa do tej usługi. Ograniczała ona także ilość wieńców i kadzielnic.

Prawo nie zakazywało niesienia wieńców w orszaku pogrzebowym. Ograniczała tylko ich ilość. Przypuszczalnie dopuszczalne było tylko ozdobienie głowy zmarłego wieńcem tym żołnierzom armii rzymskiej, którzy odznaczyli się niezwykłą odwagą na polu walki. Odznaczenia takie były przyznawane, między innymi, także tym, którzy pierwsi wdarli się na mury nieprzyjacielskiego miasta (corona muralis), którzy odznaczyli się w bitwie morskiej (corona navalis), którzy ocalili życie obywatelowi rzymskiemu (corona civica). Prawdopodobnie można było ozdobić głowę zmarłego również wieńcem z liści lauowych (corona triumphalis), który za życia wkładał, gdy jako zwycięski wódz odbywał triumf.²³

Nie wolno było skrapiać stosu winem. Potwierdza to uwaga Pliniusza Starszego:

„...Vino rogum ne respargito”.²⁴

Zniesiono także tzw. circumpotatio, czyli kolejne wychylenie pucharu z winem. Zakaz ten prawdopodobnie również miał na celu ograniczenie kosztów związanych z zakupem drogiego trunku, jakim było wino przeznaczone na skrapianie stosu. Prawdopodobnie wydawano ogromne sumy, by wypełnić ten zwyczaj.

Kolejny przepis Ustawy XII Tablic brzmiał następująco:

„...Neve aurum addito. At cui auro dentes iuncti escunt, ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto”.²⁵

Nie wono było chować ciał z ozdobami złotymi, np. pierścieniami. Należy zwrócić uwagę, że ustawa czyni stosowny wyjątek w stosunku do osób, które posiadały zęby wzmocnione złotem. Jest on poddyktowany względami czysto praktycznymi, gdyż usunięcie tego kruszcu z zębów stanowiło poważne utrudnienie dla osób dokonujących pochówku ciała zmarłego.

Ustawa zawiera także poniżej zacytowany, a bliżej nie wyjaśniony przepis:

„...Hoc plus ne facito, rogum ascea ne polito”.²⁶

Nakazywała ona, by nikt nie czynił nic ponad to, co było zawarte w jej treści, a szczególnie rogum ascea ne polito.

Zakaz ten tłumaczy W. Kornatowski,²⁷ jako „niechaj nikt nie wygładza siekierą przeznaczonych na stos polan”, co moim zdaniem nie wyjaśniało przepychu w zakresie obrzędów pogrzebowych i żałoby. Wszak wygładzanie kilkunastu polan siekierą nie było aż tak kosztowne, by miał się nim zająć przepis ustawy. Być może, że w przepisie tym chodzi o coś innego niż gładzenie desek, a takie znaczenie powoduje nietrafnie tłumaczone słowo „ascea” przez „siekierę” a słowo „rogum” przez „stos”. M. Plezia²⁸ nadaje wyrazowi „rogum” podwójne znaczenie. W pierwszym wyraz „rogum” znaczy „stos”, ale w drugim „grób”. Natomiast wyraz „ascea”²⁹ tłumaczy jednoznacznie jako „dłuto” odwołując się do naszego tekstu zawartego u Cic. De leg. 2, 59. Być może, chodzi tu o zakaz stawiania nagrobków z kamienia, i to ozdobionych wykuwanymi ornamentami. Ta wersja wydaje się być bliższa prawdy, gdyż grobowce przyozdobione różnego rodzaju rzeźbami, płaskorzeźbami pociągały za sobą ogromne sumy na ich wykonanie.

W okresie Republiki wydano szereg ustaw, które miały ograniczać wydatki związane z luksusowym życiem. Były to tzw. *Leges sumptuariae*. Zabraniały one używania luksusowej odzieży przez kobiety, ograniczały używanie drogich kamieni oraz urządzenie uczt.³⁰ Nie odegrały one jednak dużej roli, choć za ich naruszenie groziły sankcje, głównie pieniężne.³¹

Ustawami ograniczającymi przepych w zakresie obrzędów pogrzebowych i żałoby były *Lex Cornelia Sumptuaria*³² i *Lex Iulia Sumptuaria*,³³ która była ostatnią *lex Sumptuaria*.³⁴

Pierwsza z nich pochodzi z 81 r. p.n.e.³⁵ Prawo, ustanowione przez dyktatora Sullę, nakazywało ograniczenie przepychu obrzędów pogrzebowych.³⁶ O ograniczeniach tych dowiadujemy się z przekazu Plutarcha,³⁷ który opisuje obrzędy pogrzebowo-żałobne związane ze śmiercią Metelli żony Sulli.

Lex Iulia Sumptuaria uchwalina w 46 r. p.n.e. na wniosek dyktatora Cezara,³⁸ była skierowaną przeciwko nadmiernemu przepychowi w strojach. Zabraniała używania ozdób ze złota i diamentów. Przewidywała jednak wyjątki ze względu na specjalne okazje oraz krąg pewnych osób. Zawierała też ograniczenia przepychu w zakresie obrzędów pogrzebowych i żałoby.³⁹

Celem ustawy, której było nie tylko ratowanie finansów warstw wyższych, ale i moralności społeczeństwa. Pod naporem masy złota, kosztowności, niewolników zrabowanych w toku zwycięskich wojen zanika stara rzymska moralność, tracą sens ideały, wypracowane przez poprzednie pokolenia. Marnotrawstwo i żądza użycia ze strony poszczególnych przedstawicieli warstwy rządzącej przybierały monstrualne rozmiary. Próbowano się temu przeciwstawić.⁴⁰

Jednakże ustawy niewiele mogły zdziałać, pogrzeby pochłaniały wielkie sumy, zwłaszcza w okresie cesarstwa, kiedy i w tej dziedzinie jak w każdej innej, przepych i wystawność nie malały ale wzrastały.

Po zmarłym należało zachować żałobę, co wyrażało się w tym, iż osoby zobowiązane do niej, o czym była mowa wcześniej, w trakcie jej trwania nosiły żałobne stroje oraz powstrzymywały się od zakładania ozdób i udziału we wszelkiego rodzaju uroczystościach.

Dla pełnego ukazania żałoby w prawie rzymskim konieczne jest bliższe zastanowienie się nad czasem jej trwania (*tempus lugendi*) i

kręgiem osób zobowiązanych do jej przestrzegania. Należy tutaj nadmienić, że jest on odmienny dla poszczególnych przypadków. Starożytni Rzymianie oprócz żałoby (*luctus*) rozróżniali jeszcze podżałobę (*subluctus*), a co za tym idzie dostrzegali pewne odmienności w czasie ich trwania.

Już ustawa Nумы zachowana w przekazie Plutarcha,⁴¹ zawierała postanowienia w kwestii dotyczącej żałoby. Regulowała ona czas poświęcony wyrażaniu żalu po śmierci bliskiej osoby. W ustawie tej czytamy:

„*Numa officium lugendi secundum aetates et tempora constituit, ut puerum trimo minore ne quis lugeat, maiorem ne plures menses, quam annos vixerit, usque ad decem: nec quemquam cuiusvis aetatis ultra; sed longissimi luctus tempus esse decem mensium*”.

Również w kilka wieków późniejszym źródle *Fragmenta Vaticana* znajdujemy ustalenia dotyczące obowiązku żałoby po zmarłym.⁴²

„*Lugendi autem sunt parentes anno, liberi maiores X annorum aequo anno (X mensium), - minores - tot mensibus - quot annorum decesserint usque ad trimatum; minor trimo non lugetur sed sublugeatur, minor anniculo neque lugetur neque sublugeatur*”.

Zacytowane źródła określają czas żałoby ze względu na wiek zmarłej osoby. Pierwszą granicą jest ukończenie 1 - roku życia. O żałobie po tak małych dzieciach (poniżej 1 roku - *anniculus*) ustawodawstwo Nумы w ogóle nie wspomina, natomiast *Fragmenta Vaticana* 321 (ostatnie zdanie) wyraźnie podkreślają, iż w tym wypadku żałoba nie obowiązuje.

Mamy tutaj do czynienia z granicą 1 roku w prawie rzymskim. W literaturze dotychczas w ogóle nie zajmowano problemem *anniculus* w odniesieniu do żałoby. Jakie jest zatem znaczenie prawne i geneza owej granicy wieku i czy poza powyższym przypadkiem istniała ona w prawie rzymskim? Oto pytania, które się nasuwają.

W źródłach prawnych znajdujemy kilka miejsc zawierających granicę 1 roku życia. Tak więc Gaiusa ustawa *Aelia Sentia* mówiła

o anniculus. Wyzwoleńcy mający status Latynów, którzy pojmą za żony Latynki kolonialne albo kobiety takiego samego stanu jakiego oni sami są, mogą ubiegać się o obywatelstwo rzymskie i przeprowadzić tzw. dowód w sprawie dopiero wtedy, gdy z ich związku urodzi się dziecko i ukończy 1 rok życia.⁴³

Powyższe sformułowania pozwalają stwierdzić, że ukończenie przez syna lub córkę 1 roku stanowiło punkt zwrotny dla jego rodziców - wyzwolenców mających status Latynów. Znaczenie społeczne ich rodziny dopiero od tej chwili wzrastało. Podobnie było i przy żałobie. Nie ukończenie przez zmarłe dziecko 1 roku życia powodowało brak obowiązku jej przestrzegania.

Przypuszczalnie granica jednego roku życia była związana z rozwojem naturalnym dziecka. W tym bowiem wieku zaczyna ono chodzić oraz próbować wymawiać pierwsze słowa. Jest to bardzo istotny moment w jego życiu.

Drugą cezurę stanowiło ukończenie przez dziecko 3 lat.

„Numa officium lugendi secundum aetates et tempora constituit, ut puerum trimo minore ne quis lugeat”.⁴⁴

Podobnie, choć bardziej doładnie i bardziej szczegółowo co do kwestii żałoby w późniejszym źródle - Fragmenta Vaticana 321:⁴⁵

”...minor trimo non lugetur sed sublugetur, minor anniculo neque lugetur neque sublugetur”.

W archaicznym prawie w powyższym wypadku nie zachowywano w ogóle żałoby. Natomiast według Fragmenta Vaticana po dzieciach, które zmarły między 1-3 rokiem nie przewidywano żałoby; należało stosować tzw. podżałobę - sublugere. Co się składało na tzw. subluctus, nie wiemy.⁴⁶ Pozostaje również zagadką zachowanie osób zobowiązanych do stosowania tzw. podżałoby. Możemy snuć na ten temat tylko hipotezy, ponieważ zachowane źródła nie zawierają informacji w tej kwestii.

Porównując powyższe postanowienia można stwierdzić, iż wraz z rozwojem prawa obniżyła się granica wieku dziecka po którego śmierci nie zachowywano żałoby od trzech lat (Numa) do 1 roku (Fragmenta Vaticana).

Z przytoczonych fragmentów jasno wynika, że żałobę można było siosować wtedy, gdy dziecko ukończyło trzy lata. Jakie jest zatem znaczenie prawne i geneza owej granicy wieku? czy poza powyższymi przypadkami istniała ona w prawie rzymskim?

Adam Wiliński w artykule „*Maior trimo*”⁴⁷ próbuje ustalić znaczenie prawne i genezę owej granicy wieku trzech lat w prawie rzymskim. Między innymi uwzględnia interesujące nas źródła (ustawa Numpy Pompilusza i Fragmenta Vaticana). Według poglądu A. Wilińskiego, który analizuje ponadto reskrypt cesarzy Dioklecjana i Maksymiana, alimentacji dziecka można było żądać dopiero wtedy, gdy ukończy ono trzy lata.⁴⁸ A zatem ta granica życia dziecka była w prawie rzymskim uzasadniona i ustanowiona - zdaniem Wilińskiego - przez praktykę alimentowania dzieci poczynając od trzeciego roku życia. Wcześniej, zgodnie ze zwyczajem rzymskim, dzieckiem zajmowała się matka, względnie tzw. *nutrix*, karmiąc dziecko mlekiem.

Granica wieku trzech lat ściśle związana z rzymskimi poglądami na rozwój naturalny dziecka, miała istotne znaczenie w prawie rodzinnym (obowiązek alimentacyjny), a także ogrywała pewną rolę w przepisach dotyczących żałoby.

Ze swojej strony wypada stwierdzić, iż hipoteza nie wyjaśnia nam dlaczego nie należy zachwać żałoby, jeśli dziecko zmarło przed ukończeniem trzeciego roku życia. Czyżby obowiązek alimentacyjny miał aż tak dalekosiężne konsekwencje.

Czas trwania żałoby po śmierci dziecka między 3-10 rokiem życia: określając zarówno postanowienia Numpy:

„(Numa)...*trimo maiorem ne plures menses, quam annos vixerit, usque ad decem*” jak i Fragmenta Vaticana 321:

”...minores annorum - tot mensibus quot annorum decesserint usque ad trimatum”.

Był on zależny od wieku zmarłego. Żałoba miała trwać tyle miesięcy, ile dziecko przeżyło lat.

Wreszcie w źródłach prawnych znajdujemy wiadomości dotyczące czasu trwania żałoby po śmierci dziecka, które przeżyło lat 10 oraz osoby dorosłej. Tak więc według Plutarcha⁵⁰ już tzw. ustawy królweskie zawierały postanowienia w tej kwestii (ostatnie zdanie Numy).

Podobne postanowienia w tej kwestii zawiera Fragmenta Vaticana 321:⁵¹

„Lugendi autem sunt parentes anno, liberi maiores X annorum aequae anno (X mensium)”.

Z powyższych źródeł wynika, że po dzieciach, które ukończyły lat 10 i po dorosłych żałoba wynosiła 10 miesięcy.

Dalczego więc czas poświęcony żałobie po śmierci dziecka powyżej 10 lat i osoby dorosłej wynosił rok (10 miesięcy)? Prawdopodobnie dla Starożytnych Rzymian okres ten był tak oczywisty i przestrzegany przez wszystkich, iż nie wymagał wyjaśnień.

Przypuszczalnie czas poświęcony żałobie był ściśle związany z kalendarzem rzymskim i trwał rok. Bowiem według tradycji literackiej w pierwszych latach istnienia Rzymu, Rzymianie mieli tzw. romulusowy rok dziesięciomiesięczny, którego pierwszym miesiącem był marzec. Wiadomości o tym legendarnym okresie budzą wątpliwości uczonych.

Fragmenta Vaticana 321 wnoszą pojęcie annus. Żałoba powinna trwać rok (10 miesięcy). Jest tutaj potwierdzenie hipotezy jakoby Rzymianie rozumieli rok jako 10 miesięcy. Oparcie ustawodawstwa Numy Pompilusza na dziesięciomiesięcznym roku tzw. romulusowym wydaje się więc bardzo prawdopodobne.

Zupełnie odmienne od ustawodawstwa Numy Pompiliusza i Fragmenta Vaticana są informacje podane przez Paulusa. Jurysta i prefekt pretorii za Aleksandra Sewera w dziele *Sententiae* przekazuje następujące ustalenia dotyczące czasu trwania żaloby:

”...Parentes et filii maiores sex annis anno lugeri possunt, minores mense maritus decem mensibus et cognati proximioris gradus octo...”
(Paulus, *Sent.*, 1, 21, 13)

Według przytoczonych słów czas trwania wynosi, po dzieciach, które zmarły w wieku powyżej 6 lat, rok. Natomiast po osobach, które nie dożyły 6 roku - 1 miesiąc. Po *cognati proximioris gradus*⁵³ - żałoba jest wyznaczona na osiem miesięcy.

Nie jest wiadome na czym opiera się Paulus ustanowiny przez siebie czas trwania żaloby. W innych źródłach prawnych oraz rzymskiej literaturze nieprawniczej nie znajdujemy bliższych wiadomości dotyczących granicy 6 roku życia w prawie rzymskim.

Według P. Küblera⁵¹ paragraf wzięty z „*Sentencji*”⁵⁴ nie może pochodzić od Paulusa. Przymuszczalnie fragment ten zawiera wschodniogotyckie prawo lub obyczaj. Nie jest to jednak potwierdzone. Być może należy tu uwzględnić rozpiętość czasu jaka dzieliła *Leges Ragrae*, *Fragmenta Vaticana* a *Sentencje Paulusa* oraz możliwość zmian w przepisach. Hipoteza P. Küblera dotycząca pochodzenia fragmentu z *Sentencji* nie została potwierdzona. Musi pozostać przypuszczeniem.

Najogólniej mówiąc obowiązek żaloby ciążył w szczególności na osobach najbliższych zmarłemu: zstępnych, wstępnych oraz współmałżonku.⁵⁵ Tak więc przestrzeganie obowiązku żałobnego po śmierci jednego z małżonków dotyczyło drugiego z nich.

Na wdowie oprócz obowiązku żałobnego ciążył jeszcze jeden zakaz. W ciągu okresu zwyczajowo wyznaczonego kobiecie na żałobę po małżonku musiała ona powstrzymać się od powtórnego zamążdżnięcia. Zakaz ten był sankcjonowany różnymi karami, które doty-

kały wykraczających przeciwko niemu. Sankcje te nie pociągały jednak za sobą nieważności małżeństwa w sferze prawnej.⁵⁶ Chcąc dokładniej omówić to zagadnienie, zacznijmy od analizy najstarszych przepisów prawa znanego nam z przekazów Plutarcha, a przypisywanego Numie Pompiliuszowi. Wierny tradycji Plutarch przekazywał, iż oprócz ogólnych przepisów co do żałoby na wdowie ciążył obowiązek powstrzymania się od powtórnego małżeństwa w okresie 10 miesięcy.

Plut. Numa12:⁵⁷ „Per quod spatium uxoribus quoque defunctorum a secundis nuptiis abstinendum est; et si qua prius nupserit, bovem fetam immolare debebat ex illius lege”.

Termin 10 miesięczny jest niezmienny od królewskiego przepisu Numy aż do końca epoki klasycznej. Gdy więc wdowa zawrze w okresie żałoby związek małżeński musi, według słów Plutarcha, ofiarować tłustą krowę. Edouardo Volterra uważa, iż zamieszczone tu zakazy bazują na motywach czysto religijnych.⁵⁸

Według Adolfa Bergera⁵⁹ poza motywami religijnymi chodziło o uniknięcie ewentualnych wątpliwości co do ojcostwa dzieci urodzonych po śmierci męża matki - turbatio sanguinis. Nie wydaje się, by normę tę można było rozumieć jako bezwzględną przeszkodę do zawarcia małżeństwa w czasie żałoby po poprzednim mężu. Raczej są tutaj zamieszczone rozważania dotyczące przekroczenia prawa sakralnego i idącej za tym łagodniejszej sankcji niż nieważność aktu. Zakaz Numy był natomiast pierwszą próbą wpłynięcia na ograniczenie zawierania małżeństw w czasie przeznaczonym na żałobę po śmierci męża. Archaiczne ustawodawstwo nie mówi o nieważności powtórnego małżeństwa. Wręcz przeciwnie - zawierający go są mężem i żoną według prawa. Kobieta, która naruszyła zakaz religijny, musiała jedynie złożyć ofiarę.

Edouardo Volterra twierdzi, iż kobieta nie może wejść, w tym czasie, pod władzę męża poprzez tzw. confarreatio. Rozumowanie to jest słuszne i logiczne. Mając na uwadze religijny charakter tej ceremonii kapłani odsuwali od udziału w niej kobiety będące w żałobie

po mężu. Musiały one zadowolić się inną formą czyli *coemptio* czy *usus*.

Przeciwną opinię wyraża Bonfante.⁶⁰ Według niego w epoce archaicznej przestrzeganie żałoby nie jest postrzegane przez pryzmat sankcji cywilnoprawnych, lecz ma charakter religijny. Opiera się na fundamencie *fas*. Pogwałcenie zakazu odnoszącego się do żałoby było *nefas*. Przez co wkracza tutaj sankcja prawa boskiego.⁶¹

W początkowym okresie cesarstwa odczuwane są oznaki ewolucji. Obok archaicznej koncepcji pojawia się jeszcze obawa o niepewność co do ojcostwa dziecka, która powstaje przy przedwczesnym, powtórny małżeństwie.

Dotkliwszy charakter, niż zakazy bazujące na motywach religijnych, miały sankcje pretorskie w stosunku do osób, które nie przestrzegały czasu przeznaczanego na żałobę i zawierały lub dopuszczały do zawarcia w okresie jej trwania powtórnego małżeństwa. Sankcje te wymienione są w poniżej cytowanych źródłach:

D. 3, 2, 1: „*Infamia notatur... qui eam, quae in potestate eius esset genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens qui uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum quem, in potestate haberet eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit;*”

oraz we *Frag. Vat. 320*: „*Secuntur haec verba: et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse tum sciret, in matrimonium conlocaverit eamve sciens uxorem duxerit, et qui eum, quem in potestate haberet, earum quam uxorem ducere passus fuerit, quaeve virum parentem liberosve suos uti moris est non eluxerit, quaeve, cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum mortis est, nupserit*”.

Przytoczony fragment *Digestów*, będący komentarzem Juliana do edyktu pretorskiego, wylicza krąg osób, które za wykroczenie prze-

ciwko obowiązkowi żałoby wdowy po śmierci męża, na mocy edyktu pretora uległy infamii. Sankcje pretorskie dotyczyły ojca rodziny, który poinformowany o śmierci swego zięcia, wydał córkę za mąż przed upływem czasu, który był przeznaczony na żałobę po zmarłym. Dotykały także tego, kto pojął wdowę będącą w żałobie, a także jego paterfamilias, gdy związek małżeński był zawarty za jego zgodą.

Krąg osób przedstawiony przez Juliana został rozszerzony w komentarzu Paulusa do edyktu, który zachował się we Fragmenta Vaticana. Sankcja pretorska dotyczyła także wdowę, która wiedząc o śmierci swego pierwszego męża zawarła związek małżeński w czasie, w którym powinna była przestrzegać żałoby po zmarłym małżonku oraz kobietę, która nie miała w zwyczaju noszenia żałoby po zmarłym mężu, rodzicach, dzieciach.

Różnicę obu tekstów wyjaśnia Karlowa⁶² analizując tytuły działów, z których pochodzą fragmenty. Cytat z Digestów jest częścią działu de postulando podczas gdy tekst z Fragmenta Vaticana - de cognitoribus et procuratoribus. We fragmencie Digestów pretor daje listę osób, które pozbawiono możliwości postulare pro alio. Kobiety nie były w nim wymieniane, gdyż w tym czasie nie mogły działać postulare pro alio. Natomiast w tekście z Fragmenta Vaticana pretor daje spis osób, które nie mogą być kognitorem ani prokuratorem. W tym okresie kobiety mogły piastować te funkcje. Zakaz jest więc w stosunku do nich jak najbardziej słuszny.

W słowach edyktu nie ma żadnej wzmianki o nieważności małżeństwa zawartego w czasie przeznaczonym na żałobę. Sankcja pretorska dotyczy wręcz osoby, które wstępują w taki związek.

Również i inne źródła zawierają podobną opinię, iż zawarcie małżeństwa z wdową będącą w żałobie pomimo zakazów pretorskich nie pociągało za sobą nieważności tego aktu:

D. 3, 2, 13 pr: „Quid ergo si non ducere sit passus, sed posteaquam duxit ratum habuerit? Ut puta initio ignoravit talem esse, po-

stea scit? Non notabitur: praetor enim ad initium nuptiarum se rettulit”.

Jeżeli pretor powołuje się dla poparcia teorii na initium nuptiarum, jest więc oczywiste, że małżeństwo trwa w obliczu prawa.

D. 3, 2, 11, 4: Notatur etiam 'qui eam duxit, sed si sciens,
oraz

D. 3, 2, 8: Genero inquit mortuo: merito adiecit praetor: cum eum mortuum esse sciret, ne ignorantia puniatur.

Gdy przyjrzymy się kompozycji edyktu to stwierdzimy, iż małżeństwo dokonane - non sciens nie pociąga sankcji. Poprzedni związek małżeński uległ rozwiązaniu wraz ze śmiercią pierwszego męża. Wydaje się być oczywistym twierdzenie, iż sankcja pretorska nie mogła pociągać za sobą nieważności drugiego małżeństwa. Pogwałcenie nie może być rozważane jako przyczyna nieważności.

Reasumując należy stwierdzić, że wdowie w czasie tempus lugini nie wolno było zawrzeć związku małżeńskiego. Poza motywami religijnymi chodziło o uniknięcie ewentualnych wątpliwości co do ojcostwa potomstwa, które przyszło na świat w dziesięciomiesięcznym okresie po śmierci męża (turbatio sanguinis).. Zawarcie ponownego związku było co prawda karane, ale nie powodowało nieważności zawartego małżeństwa.

Można postawić pytanie, czy mąż również musiał powstrzymać się od zawarcia ponownego małżeństwa. Źródła nie wspominają o ograniczeniu w zawieraniu małżeństw przez mężczyzn, którzy byli w żałobie po śmierci żony.⁶³ Secundae nuptiae były w pełni dopuszczalne w okresie Republiki, a przez ustawy Augusta wręcz nakazane.⁶⁴ Przeszkoda z turbatio sanguinis - zmieszanie krwi nie miała do nich zastosowania.

Można też postawić podobne pytanie w stosunku do dzieci. Prawo w tym względzie odnosiło się do nich jak do męża.

Reasumując, żałoba i problemy z nią związane były dostrzegane zawsze i regulowane już od czasów Plutarcha.

Czas żałoby w stosunku do dzieci był częściowo zmodyfikowany w późniejszym okresie, czego dowodzą przekazy z Fragmenta Vaticana.

Żałobę musiały zachować bliskie osoby. Szczególny obowiązek ciążył na wdowie. Musiała się powstrzymać od zawarcia ponownego małżeństwa, aż po ustawodawstwo późnoklasyczne.

PRZYPISY

1. L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje, obyczaje Starożytnej Grecji i Rzymu*, t. 2, Warszawa 1983, s. 461.

2. Tac. Ann. 3,2: „lacrimis et conclamationibus dolore testabantur”.

3. Scena ostatnich pożegnań jest jedną z wielu przedstawionych przez artystów. Najdobitniej ukazują ją reliefy z Muzeum w Weronie i sarkofagi z Muzeum w Paryżu.

4. E. Quq. Ch. Daremberg - E. Saglio, *Dictionnaire des antiquites greques et romaines*, t. 2, Paris 1875 (D. S.), s. v. Funus s. 1388.

5. Zetknięcie się bowiem ze zmarły wymagało sakralnego oczyszczenia wodą - por. E. Quq. D. S., t. 2, s. v. Funus, s. 1388.

6. P. Kübler, Pauly-Wissowa, *Realenzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft* (R. E.), t. 13, Stuttgart 1894, s. v. Luctus, szp. 1699.

7. P. Gachon, D. S., t. 3, s. v. Luctus, s. 1351.

8. L. Winniczuk, dz. cyt. s. 467-468.

9. Cic. De leg. 2, 62. „Honoratorum virorum laudes in contione memorentur easque etiam cantus ad tibicinem prosequatur, cui nomen neniae”.

10. E. Quq. D. S., t. 2, s. v. Funus, s. 1390.

11. L. Winniczuk, dz. cyt. s. 469.

12. Przepisy dotyczące ograniczeń znajdują się w tablicy X. Por. *Fontes iuris Romani anteiustiniani* (F.I.R.A), I, ed. Riccobono, Firenze 1940-43, s. 66-69.

13. Cic. De leg. 2.59.

„Przepisy te są godne pochwały: dotyczą one w tym samym stopniu bogatych i plebejuszów a przecież zanikanie różnic majątkowych w obliczu śmierci jak najbardziej zgadza się z naturą”- tłum. W. Kornatowski (w przekładzie Cyclerona „Pisma filozoficznych”, T. 2, Warszawa 1960).

14. Tabl. X. 3 oraz Cic. De leg. 2. 59: „Zmniejszywszy więc nakłady pogrzebowe do 3 sukni, tuniki purpurowej i 10 fletnistów znosi ona także żałosne zawożenia”-tłum. W. Kornatowski.

15. L. Winniczuk, dz. cyt. s. 467.

16. L. Winniczuk, dz. cyt. s. 467.

17. M. Plezia, Słownik Łacińsko-Polski, Warszawa 1959, s.v. ricinium. Wyraz ricinium i recinium mogą być stosowane zamiennie.

18. Tabl. X. 4 oraz Cic. De leg. 2.59.

19. Cic. De leg. 2.59.

20. M. Plezia, dz. cyt. s.v. „Lessus”.

21. Tabl. X. 5 oraz Cic. De leg. 2.60.

22. Tabl. X. 6 oraz Cic. De leg. 2.60.

23. E. Czerny, A. Dyszek, Mały słownik kultury antycznej, Warszawa 1962, s. 313 - 314 s.v. „wieniec”.

24. Plin. Nat. Hist. 14, 88.

25. Tabl. X. 8 oraz Cic. De leg. 2.60.

26. Tabl. X. 2 oraz Cic. De leg. 2.59.

27. W. Kornatowski, w przekładzie Cyclerona „Pism filozoficznych”, T. 2, Warszawa 1960.

28. M. Plezia, dz. cyt. s.v. rogum.

29. M. Plezia, dz. cyt. s.v. ascea.

30. A. Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Phliladelphfia 1956, s. 724 s.v. Sumptus.

31. P. Kübler, R.E., T. IV A, s.v. Sumptus, szp. 906.

32. A. Berger, dz. cyt. s. 553, s.v. Lex Comeria Sumpturia.

33. P. Kübler, R.E., T. IV A, s.v. Sumptus, szp. 908.

34. A. Berger, dz. cyt. s. 555, s.v. *Lex Julia Sumpturia*.
35. P. Kübler, R.E., T. IV A, s.v. *Sumptus*, szp. 907.
36. A. Berger, dz. cyt. s. 553, s.v. *Lex Cornelia Sumpturia*.
37. Plut., *Sulla* 35.3.
38. A. Berger, dz. cyt. s. 555, s.v. *Lex Julia Sumpturia*.
39. P. Kübler, R.E., T. IV A, s.v. *Sumptus*, szp. 908.
40. J. Sondel, *Ustawy przeciw luksusowi w starożytnym Rzymie*, w: *Mówią Wielki*, R. 18, 1975, s. 12. Szerzej na ten temat tzw. *Leges sumpturie* w: J. Sondel, *Les „leges sumptuariae” considerees comme d’expression des conditions sociales et economiques de la Rome antique*, *Archivum Juridicum Cracoviense*, VI - 1973, s. 101 i n.
41. Plut. *Numa* 12 = *Leges Regiae*, *Numa* 10 (F. I.R.A.I. 12)
42. F.I.R.A. II, ed. Riccobono, s. 536.
43. G. 1.29: „Statim enim ex lege Aelia Sentia minores triginta annorum manumissi et Latini facti si uxores duxerint vel cives Romanas, vel Latinas coloniaras, vel eiusdem condicionis, cuius et ipsi essent, idque testati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus civibus Romanis puberibus et filium procreaverint, cum is filius anniculus esse coeperit, datur eis potestas per eam legem adire praetorem vel in provinciis praesidem provinciae et approbare se ex lege Aelia Sentia uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere. Et si is, aput quem causa probata est, id ita esse pronuntiaverit, tunc et ipse Latinus, et uxor eius, si et ipsa uisudem condicionis sit et filius, eius, si et ipse eiusdem condicionis sit, cives Romani esse iubentur”.
- oraz G. 1.73: „Et quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest cuius aetatis filius sit (...) si minor anniculo sit filius filiave, causa probari non potest. Nec me praeterit in aliquo rescripto divi Hadriani ita esse constitutum, tamquam quod ad erroris q (...) dedit”.
- a także G. 1.32a: „Quae vero diximus de filio anniculo, eadem et de filia annicula dicta intellegemus”.
44. Plut. *Numa* 12 = *Leges Regiae*, *Numa* 10 (F.I.R.A.I. 12).
45. F.I.R.A.I. II. ed. Riccobono, es. 536.
46. P. Kubler, R.E., T. 13, dz. cyt. s.v. *Luctus*, szp. 1700-1701.
47. A. Wiliński, „*Maior trimo*”(granica wieku 3 lat w prawie rzymskim), *Czasopismo Prawo Historyczne*, T. 7, (1955), z. I, s. 43-46.
48. A. Wiliński, dz. cyt. s. 44.

49. F.I.R.A.II. ed. Riccobono, s. 536.
50. Plut. Numa 12 = Leges Regiae, Numa 10 (F.I.R.A.I, 12).
51. F.I.R.A. II, ed. Riccobono, s. 536.
52. P. Kübler, R.E., T 13, dz., cyt. s.v. Luctus, szp. 1701.
53. krewnych stopnia najbliższego - por. E. Qug, dz. cyt. s. 1401, podobnie zwrot ten tłumaczy ks. F. Bobrowski w „Słowniku Łacińsko - Polskim” pod redakcją ks. F. Bobrowskiego, Wilno 1905, T. 2, s. 1600 oraz K. E. Geores, *Ausführliches Hand-wortbuch Lateinisch - Deutsch* Tübingen 1951, T. 2, s. 2050.
54. Paul. Sent, 1.21.13.
55. P. Kübler R.E., T. 13, s.v. Luctus, szp. 1697.
56. E. Volterra, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali* (Studi in memoria di Aldo Albertoni) w: *Stritti Giuridici con una nota di Mario Talamanca*, T. 1, s. 6, oraz A. Berger dz. cyt., s. 569, s.v. Luctus.
57. Plut. Numa 12 = Leges Regiae, Numa 10 (F.I.R.A.I.,12).
58. E. Volterra dz. cyt. s. 6.
59. A. Berger dz., cyt. s. 569 s.v. Luctus. Podobnie W. Rozwadowski s.v. Luctus w: *Prawo rzymskie - słownik encyklopedyczny*, pod red. W. Wołodkiewiczza, Warszawa 1986, s. 97.
60. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di familia*, Milano 1963, s. 195.
61. Opinię P. Bonfantego popiera Th. Mayer - Maly, R.E., T. 16 (2), s.v. Vidua szp. 2098.
62. O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, *Privatrecht, Civilprocess. Strafrecht und Strafprozess*, Leipzig 1892, s. 224.
63. A. Berger, dz. cyt. s. 569 s.v. Luctus - twierdzi iż ograniczenia w zawieraniu małżeństw dotyczą tylko kobiet.
64. A. Berger dz. cyt. s. 553 s.v. *Lex Julia de maritandis ordinibus*.

**O REFORMIE PRAWA W POLSCE
POD KONIEC XVIII WIEKU**
(Wybrane zagadnienia karnomaterialne)

Kiedy na początku czasów nowożytnych w Europie rodził się absolutyzm, w Polsce rodziła się demokracja. W absolutyzmie odstraszanie stało się naczelną zasadą represji karnej, jedynym celem kary. Dokonała się ewolucja od kar kompozycyjnych, łagodnych przez swój pieniężno-odszkodowawczy i prywatny charakter - do kar publicznych, cielesnych, wśród których dominowały okrutne kary kaleczące, a na czoło wysuwała się kara śmierci. Podobnie prywatnoskargowy i kontrydiktoryjny proces karny zdominowany został przez proces inkwizycyjny, w którym władza państwowa decydowała o ściganiu, a podejrzany i oskarżony z roli podmiotu procesu spadł do przedmiotu faktycznie pozbawionego możliwości realnej obrony. Niedoleżność aparatu ścigania skłaniała nieograniczoną władzę do aprobowania zasady *confesio est regina probationum*, a tortury miały się stać ważnym środkiem uzyskiwania przyznania. Takie prawo karne wzmacniało nieograniczoną w istocie i niekontrolowaną władzę nad poddanymi, którzy nie byli - nawet warstwy uprzywilejowane - obywatelami w swoim kraju. Pewnym paradoksem jest, że zakończenie tej ewolucji prawa karnego ułatwiły prądy Odrodzenia. Renesans to także odrodzenie kultury prawnej starożytnego Rzymu. Ale w Europie owej doby znano tylko prawo Rzymu okresu cesarskiego, a więc prawa silnej władzy monarszej, prawa wzmacniające system absolutystyczny. Kodeksy epoki ostatecznie sankcjonowały i zamykały zasygnalizowaną ewolucję: tak było zwłaszcza w najważniejszym kodeksie centrum Europy - niemieckiej *Constitutio Criminalis Carolina* z 1532 r., tak też we francuskim ordonansie królewskim z 1539 r., podobnie w carskim *Sudiebniku* z 1550 r. i innych.

W Polsce, demokratycznej Rzeczypospolitej szlacheckiej, gdzie szlachcic był obywatelem a nie poddanym, państwo było państwem obywateli-szlachty i władza państwowa służyła obywatelom. nie do pomyslenia było prawo, które miałoby być narzędziem władzy przeciwko obywatelom. Nie przypadkowo też polska myśl polityczna i prawnicza w zasadzie odrzuciła recepcję prawa rzymskiego. Quidquid principi placuit, legis habet vigorem, to jest zasada prawa rzymskiego, dla której Polacy brzydzą się tego prawa - wołał czołowy twórca ideologii wolności szlacheckiej Stanisław Orzechowski,¹ trafiając w sedno zagadnienia. W efekcie u progu czasów nowożytnych polskie prawo ziemskie (szlacheckie) nie przeszło ewolucji od łagodności systemu kompozycyjnego i prywatnoskargowego procesu do zasady odstraszenia z okrutnym systemem kar oraz procesem inkwizycyjnym. Inna rzecz, że prawo w Polsce cechowało się wielością systemów i obok prawa polskiego (ziemskiego) istniało surowe, bo oparte na źródłach pochodzenia niemieckiego, prawo miejskie i częściowo zbliżone doń prawo wiejskie.

Wiek XVII i początek XVIII nie zmieniły oblicza systemów prawnych, ale położyły podwaliny filozoficzne pod nową myśl prawniczą doby Oświecenia.

Filozofowie sięgnęli do znanych od starożytności koncepcji prawnonaturalnych, których elastyczność pozwalała podkładać pod nie bardzo różne treści, jak też mogły one służyć rozmaitym celom. Inne też były wizje Grocjusza i Hobbesa, Locke'a i Helvetiusa, a potem Rousseau czy Morellyego.² W każdym razie nowe prądy filozoficzne legły u podstaw przebudowy prawa, w tym także prawa karnego. Prawo pozytywne miało być zgodne z prawem natury, umową społeczną, wrodzonymi prawami jednostki. Takie prawo - doskonałe - miało rozwiązać wszystkie problemy społeczeństw i przynieść szczęście wszystkim ludziom.

Filozofowie Wieku Światła i Rozumu dokonali przede wszystkim krytyki stanu dotychczasowego, gorąco protestując przeciwko nieludzkiemu okrucieństwu prawa karnego, systemowi kar, a także przeciwko niepewności prawa i arbitralności sędziowskiej ze wszystkimi

łączącymi się z tym konsekwencjami. Tak zrodziła się szkoła humanitarna.

Monteskiusz był najwybitniejszym z prekursorów. Z Monteskiuszowskiej zasady trójpodziału władz wynikało odrzucenie sędziowskiej samowoli w uznawaniu granic przestępstwa, odrzucenie oficjalnie sankcjonowanej analogii w prawie, jak też arbitralności sędziowskiej w określaniu kary za czyn przestępny. Dysponując bowiem takimi uprawnieniami sędzia faktycznie wkraczał w sferę ustawodawcy, skoro sam określał co jest przestępstwem i jaka za to grozi kara. Oznaczenie, i to ściśle, przestępstwa i grożącej za jego popełnienie kary należało tylko do ustawodawcy, co zresztą pociągało za sobą także odrzucenie prawa zwyczajowego o nieostrych granicach. Tym samym Monteskiusz stał się prekursorem fundamentalnej do dziś reguły prawa karnego, wyrażonej później w paremii *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Ta podstawowa zasada praworządności pozwalała na zlikwidowanie stanu niepewności prawa i samowoli sędziowskiej. Autor *Ducha praw* wiązał charakter kary z ustrojem politycznym państwa: w ustrojach despotycznych kara ma charakter zastraszający, podczas gdy w ustrojach liberalnych kara ma charakter częściowo prewencyjny, zaś częściowo jest sprawiedliwą odpłatą. Kładąc nacisk na sprawiedliwy charakter kary wypowiadał postulat ścisłego przestrzegania proporcjonalności kary do czynu. Kara nieproporcjonalnie surowa - wywodził - jest nie tylko niesprawiedliwa, ale nie działa hamująco, skoro zarówno za drobne, jak i za ciężkie przestępstwa stosuje się najwyższy wymiar kary. W ogóle prawa okrutne przede wszystkim deprawują społeczeństwo, powodując zwyrodnienie obyczajów, a więc przyczyniają się do wzrostu przestępczości zamiast jej zapobiegać. Tym samym Monteskiusz wypowiedział się za karą celową, a jako cel represji karnej widział zapobieganie przestępczości, co było nowością w doktrynie prawa karnego. Zresztą - pisał w *Duchu praw* - w państwach umiarkowanych dobry prawodawca nie tyle będzie zwracał uwagę na to, aby karać zbrodnie, ale aby im zapobiegać, więcej będzie się starał o stworzenie dobrych obyczajów niż nakładanie kar.³

Szczególnego rozgłosu sprawie stanu prawa karnego nadały wystąpienia Woltera.⁴ Wróg nietolerancji religijnej i fanatyzmu, Wolter na samym początku lat sześćdziesiątych zajął się sprawami osób skazanych na śmierć na tle nietolerancji religijnej, wykazując ich niewinność, wykazując dramatyczne pomyłki sądowe wynikające ze stosowania tortur, braku możliwości obrony, jak też barbarzyńskie okrucieństwo kar. Wystąpienia Woltera były bardzo głośne, docierały do monarchów, dawały efekty w postaci rewizji procesów; na tle szczególnie głośnej sprawy kupca z Tuluzy Jana Calasa Wolter napisał swój słynny *Traktat o tolerancji* (1763).

W 1764 r. ukazała się anonimowo we Włoszech niewielka książeczka pt. *O przestępstwach i karach*. Powodzenie książeczki przeszło wszelkie oczekiwania. Drugie wydanie drukowano niemal bezpośrednio po pierwszym; już w roku następnym ukazało się wydanie trzecie i jednocześnie zaczęły się pojawiać tłumaczenia na języki obce, w tym także na język polski (1772);⁵ niemal co roku pojawiało się nowe wydanie lub nowe tłumaczenie. Niewielka objętością książeczka stała się lekturą głów koronowanych i oświeconej opinii publicznej. Rozszyfrowany wkrótce anonimowy autor natychmiast stał się sławny, co zaoszczędziło mu szykujących się kłopotów ze strony sił konserwatywnych. Był nim młody, 26-letni markiz z Mediolanu, Cesare Beccaria, doktor utriusque iuris Uniwersytetu w Pavii, zaangażowany członek kółka filozoficznego braci Verrich, gdzie dyskutowano problemy epoki i gdzie m.in. duże wrażenie robiły wystąpienia Woltera. Ten ostatni nazwał później książeczkę Beccarii i kodeksem ludzkich uczuć i sam napisał do niej komentarz. Książeczka markiza z Mediolanu stała się najbardziej zwrotnym momentem w światowych dziejach prawa karnego aż po dzień dzisiejszy. Zawierała program rodzącej się szkoły humanitarnej prawa karnego.

Dokonywane przez humanitarystów porównywanie przedoświeceniowego prawa karnego z prawem naturalnym dawało oceny drastycznie negatywne i w konsekwencji rodziło odważne i radykalnie brzmiące żądania. Generalnie nowa myśl humanitarna wyrastała właśnie na gruncie protestu przeciwko stanowi dotychczasowemu,

przeciwko prawu przedoświeceniowemu, przeciwko prawu karnemu którego symbolami w Europie mogły być niemiecka *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) czy francuski ordonans z Villers-Cotterets (1539); protest przeciwko prawu, którego jedynym celem było odstraszenie. Odstraszanie i płynąca stąd brutalna surowość to dobre dla tyrańskiego władcy, dla absolutnego monarchy, ale niezgodne z prawem natury i nie do przyjęcia dla obywateli republiki prawa. Przede wszystkim zaś niezgodne z umową społeczną stanowiącą źródło wszelkich uprawnień władzy państwowej, w tym uprawnienia do stosowania represji karnej. Jasne jest przeto, że każdy chciał oddać do depozytu publicznego możliwie najmniejszą część wolności, dokładnie taką tylko, jaka by wystarczała, aby zobowiązać innych do udzielenia mu obrony. Całość tych najmniejszych części wolności tworzy prawo karania. Wszystko, co jest ponad to, jest nadużyciem, a nie sprawiedliwością; jest faktem, lecz już nie prawem.⁶ Czy takie i podobnie sformułowane zaprzeczenia prawa władcy do stosowania prawa karnego w dotychczasowym kształcie nie były w feudalnej monarchii absolutnej żądaniem rewolucyjnym? *Quidquid principi placuit, legis habet vigorem* - tej regule rządów absolutnych zaprzeczono przecież co do zasady, bo chociaż kwestionowano jedynie prawo nadmiernie surowego karania, to konsekwencje były dalej idące: przeczono władcy jego prawo. Zauważmy, że markiz z Mediolanu napisał powoływane poprzednio słowa zanim się ukazała *Umowa społeczna* obywatela genewskiego, bo też był to wynik przemyśleń filozofów co najmniej od czasów Grocjusza.

Jak wspomniano, ostry sprzeciw budził stan niepewności w prawie, wynikający z nieokreśloności, niejasności praw, co w konsekwencji rodziło sędziowską arbitralność, w monarchii absolutnej usankcjonowaną legalnym dopuszczeniem analogii. Z Monteskiuszowskiego podziału władz wynikała reguła wyrażana później łacińską paremią *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Sam Monteskiusz nie wierzył jednak w pełnię realizacji tej zasady we Francji⁷ i jakże się pomylił, skoro w 34 lata po jego śmierci francuskie Zgromadzenie Narodowe zadeklarowało jako naturalne, niepozbywalne i święte Prawo Człowieka, iż „nikt nie może być karany inaczej, jak tylko na

podstawie ustawy wydanej i ogłoszonej przed popełnieniem przestępstwa” (art. 8).

Negacja sędziowskiej samowoli i obawy przed nią prowadziły do obaw, niekiedy niemal panicznych, także przed wykładnią prawa: nie wolny był od nich Beccaria, ale także i Napoleon, którego wprowadzenie do humanitarystów zaliczyć niesposób, ale któremu też niesposób odmówić, iż był człowiekiem epoki. Te obawy będą prowadziły wielu twórców oświeceniowych kodeksów do kazuistyki, czego skrajnym przykładem stanie się pruski *Landrecht* (1794), i do stosowania w kodeksach karnych sankcji bezwzględnie określonej, czego przykładem stanie się francuski kodeks z 1791 roku.

Negowano stary, feudalny świat także przez negację immamentnie tkwiącej w feudalnych strukturach nierówności między ludźmi. Postulat równości wobec ustawy karnej badacz dziejów prawa uzna później za jeden z rewolucyjnych postulatów literatury humanitarnej⁸ i przyjdzie się z tym zgodzić, chociaż w Europie zachodniej powszechność przedoświeceniowych kodeksów karnych już dawno obniżyła przegrody międzystanowe w prawie karnym, co jeszcze w żaden sposób nie przekreślało feudalnej struktury stanowej. Kiedy *Deklaracja* głosiła, że ludzie rodzą się i pozostają wolni i równi z punktu widzenia prawa, to był to jednak znaczny krok dalej, było to już przekreślenie feudalnych struktur.

Z potępieniem przez humanitarystów spotykała się przedoświeceniowa nieproporcjonalność kary do czynu. Było to potępienie racjonalne, bo wynikające z celowości kary. Pierwsze, dość ogólne uwagi Monteskiusza pogłębił w tym przedmiocie Beccaria, w obszernym wywodzie rozwijając myśl, że interes ogólny wymaga nie tylko tego, aby przestępstw nie popełniano, ale również i tego, aby coraz rzadsze były przestępstwa najbardziej szkodliwe dla społeczeństwa.⁹

Przedoświeceniowa hierarchia środków represji karnej poddana została najsurowszej krytyce, zarówno racjonalnej, jak i niejednokrotnie emocjonalnej. Okrutny system kar z kwalifikowaną karą śmierci oraz karami mutylacyjnymi na czele był sprzeczny z prawami natu-

ralnymi człowieka, był charakterystyczny dla ustroju despotycznego, barbarzyński, niesprawiedliwy, wręcz obrzydliwy i szkodliwy: prawa nadmiernie okrutne deprawują społeczeństwo i przyczyniają się tym samym do wzrostu przestępczości (Monteskiusz). *Deklaracja* stwierdzi później, że ustawa może wprowadzać tylko takie kary, które są oczywiście i ściśle potrzebne (art. 8). Żądania humanitarystów w tym przedmiocie to całkowity przewrót, bo przecież trudno inaczej ocenić nie tylko zgodne żądanie zlikwidowania kwalifikowanych kar śmierci, nie tylko ograniczenia do absolutnie nielicznych przypadków stosowania kary najwyższej, ale także wcale liczne żądania całkowitej jej likwidacji.

Zanegowaniu stanu dotychczasowego towarzyszyło zaproponowanie budowy zupełnie nowego systemu: to kara pozbawienia wolności miała rozwiązać wszystkie problemy. Wydawała się ona filozofom niemal znakomitym panaceum: można za jej pośrednictwem doskonale zrealizować zasadę proporcjonalności kary do czynu, bo przecież można doskonale dopasować długość jej trwania do wagi popełnionego czynu; można przy jej pomocy doprowadzić do poprawy przestępcy, a to zwłaszcza przez nauczanie religii oraz przez pracę więźnia. Praca z kolei to ważny element, bo przecież przestępca wyrządził społeczeństwu szkodę, więc przez pracę będzie starał się dać społeczności zadośćuczynienie. W ten sposób praca więźnia i płynąca z niego utilitas - nie nowości przecież w dziejach świata - znalazły jakże nowe uzasadnienie. Oczywiście, tak zaprojektowana i realizowana kara więzienia nie do pomyślenia była w starych lochach feudalnych wież zamkowych, ale wymagała stworzenia całkowicie nowego systemu penitencjarnego. W sumie kara pozbawienia wolności jawi się ówczesnym filozofom jako pomysł niemal doskonały, ale tkwi w tym widzenie utopijne, co pokaże już najbliższa przyszłość.

Nie oszczędzono w krytyce kary konfiskaty majątku, jakże chętnie stosowanej w monarchiach absolutnych, bo zawsze miłej władcy czerpiącemu z niej korzyści. Trafnie podnoszono, że konfiskata jest nie do przyjęcia, jako że stanowi karę obejmującą zbiorowo całą rodzinę, ale przecież feudalny system nie wykluczał kar zbiorowych,

aczkolwiek u progu Oświecenia odpowiedzialność zbiorowa stanowiła już rzadkość. Dla humanistów była jednak całkowicie nie do przyjęcia. Wszyscy oni skreślali konfiskatę majątku z katalogu kar.

W sumie humaniści Wieku Światła dość zgodni byli w swej krytyce i formułowaniu postulatów, a jedynie stosunek do kary śmierci - jej całkowitego zniesienia lub ograniczonego utrzymania - wyznaczał skrzydło, na którym znalazł się artykułujący swoje poglądy. Wspierając się na filozoficznej podbudowie doktryny prawa natury, filozofowie i prawnicy dokonali totalnej krytyki tego wszystkiego, co zastali w przedoświeceniowym prawie karnym.

Problemy polskie były w znacznym stopniu odmienne od problemów prawa karnego w większości krajów Europy, tak jak ustrój Rzeczypospolitej odmienny był od większości europejskich. Punktem wyjścia dla krytyki i odrzucenia prawa przedoświeceniowego w Europie było jego okrucieństwo, ale przecież prawo karne polskie (ziemskie) cechowało się nietypową łagodnością. Nie wolno jednak zapominać, że łagodność ta wynikała przede wszystkim z przestarzałego charakteru prawa ziemskiego i utrzymującego się w nim od średniowiecza systemu kompozycyjnego, co znacznie ograniczało stosowanie kar cielesnych, ale jednocześnie decydowało o zacofaniu tego systemu prawa, który pozostawał na poziomie rozwiązań wieków średnich. Dodatkowy ważny system ochrony, szczególnie procesowej, stwarzały tkwiące w przywilejach szlacheckich zabezpieczenia osoby i własności szlachcica, z *neminem captivabimus nisi iure victum* na czele. Było więc coś paradoksalnego w owej łagodności wynikającej z przestarzałego charakteru polskiego prawa ziemskiego: zacofanie wychodziło naprzeciw nowoczesnym postulatом humanizacji prawa.

Paradoks ten wymagał rozwikłania przez unowocześnienie prawa, ale nie w stylu twórców projektu *Zbioru prawa sądowych*, lecz zgodnie z postulatami szkoły humanitarnej. Nie należy przy tym zapominać o różnorodności systemów prawnych Rzeczypospolitej wielu narodów: o prawie litewskim z pięknymi XVI-wiecznymi tradycjami, o

niemieckim prawie miejskim i podobnym wiejskim, o innych systemach w stanowym i wielonarodowym państwie.

Nowoczesna myśl karnistyczna też nie od razu utworzyła sobie w Polsce drogę, czego dowodem choćby rozprawy Jakuba Czechowicza¹⁰ i Franciszka Minockiego.¹¹ Jednakże na te same lata (1768) przypada już podjęta w otoczeniu króla próba zamiany kary śmierci na karę więzienia.¹² Są dowody, że już wówczas znano w Polsce wyciąg z traktatu C. Beccarii, a w krótkce zaczęły się napływać w dość znacznej liczbie egzemplarze książki markiza z Mediolanu, a także egzemplarze słynnego komentarza do niej, napisanego przez Voltaira, i prac Montesquieu. Udało się stwierdzić poważne wyrobienie polskich czytelników, a m.in. przyjmowanie założenia, że lepiej zapobiegać przestępstwom niż za nie karać, a dobre prawodawstwo winno spełniać nie tylko wspomniany cel, ale także prowadzić ludzi do możliwie największego szczęścia. „...szczęśliwość narodu od praw sprawiedliwych (...) zależy ...” stwierdziła jedna z ustaw Sejmu Wielkiego, stanowiąc wyraz powszechnie już wówczas przyjmowanej w Polsce myśli.¹³

Już w 1772 r. traktat Beccarii przełożony został na język polski. Pojawiały się coraz częściej przekłady rozmaitych dzieł oświeceniowych, w tym m.in. innej znakomitości europejskiego Oświecenia w prawie karnym - Włocha G. Filangieriego (*Nauka prawodawstwa* - *La scienza della legislazione*), duchowego ojca Beccarii - Ch. Montesquieu, *O duchu praw* (*De l'Esprit des lois*); wśród przekładów znalazła się także książka znanego i wybitnego penalisty angielskiego W. Blackstone'a, *Prawo kryminalne angielskie* (*Commentaries in the Law of England*). Tłumaczenia tej ostatniej książki na język polski dokonał w 1786 jeden z najwybitniejszych prawników polskich owej doby - Teodor Ostrowski. Najistotniejsze jednak, że T. Ostrowski nie poprzestał na biernym przetłumaczeniu dzieła W. Blackstone'a, ale opatrzył rozprawę Anglika nader obszernymi komentarzami porównującymi prawo polskie z angielskim, w których to komentarzach umieścił wiele własnych cennych uwag na temat potrzeby i kierunków reformy prawa polskiego, dając dowód wysokiej kultury praw-

niczej i nowoczesności spojrzenia na zagadnienia prawa karnego. Żądał złagodzenia kar i znacznego ograniczenia stosowania kary śmierci, którą zalecał zastąpić karą pozbawienia wolności połączoną z obowiązkiem pracy więźnia. Zwracał także uwagę T. Ostrowski na potrzebę profilaktycznej działalności państwa, przy czym szczególną rolę w zapobieganiu przestępczości przypisywał opiece społecznej i szerzeniu oświaty. Nie był w swoich poglądach bynajmniej odosobniony, a hasło powszechnego oświecenia narodu jako elementu zapobiegania przestępczości szczególnie mocno uwypuklił inny polski filozof tej doby - Konstantyn Bogusławski, autor przepojonej humanitarnymi ideami rozprawy *O doskonałym prawodawctwie* (1786).

Konieczność prowadzenia świadomej polityki kryminalnej, a zwłaszcza działalności profilaktycznej m.in. przez edukację publiczną i poprawę bytu materialnego społeczeństwa, głoszona była przez wielu, w tym przez jedną z ciekawszych postaci tej doby - Sebastiana Czochrona. Rzecznik fizjokratyzmu, profesor Akademii Krakowskiej, autor kilku rozpraw, w tym *Dysertacji o prawodawstwie kryminalnym* (1788), S. Czochron podkreślał, że prawo karne winno liczyć się z psychiką człowieka i tak kierować jego krokami, by szczęście jednostki zbiegało się ze szczęściem ogółu. Głosił radykalne hasła typowe dla humanitarystów owej doby, żądając ograniczenia do najniezbędniejszych przypadków kary śmierci, którą winna zastąpić kara pozbawienia wolności. Znieść należy także publiczne wykonywanie kary śmierci, złagodzić cały system karny kierując się zasadą proporcjonalności kary do przestępstwa, a znacznie ważniejszą niż surowość kary jest sprawa nieuchronności ukarania i szybkości postępowania karnego. Występował też Czochron przeciwko nadużywaniu aresztu prewencyjnego¹⁴. Podobne hasła znaleźć można u Tomasz Kuźmierskiego, piętnujące dotychczasowy feudalny system karny i wysuwającego postulaty pokrywające się z najwybitniejszymi ideami humanitarystów na czele z Beccarią, od którego zaczerpnął wiele.¹⁵

Daleko posunięte zainteresowanie prawem, w tym prawem karnym, wykazywali m.in. czołowi przedstawiciele szeroko rozwiniętej i pogłębionej w Polsce doktryny fizjokratyzmu, a zwłaszcza Hugo

KoŃtąj. KoŃtąj w dziedzinie prawa karnego wyznawał równieŝ poglądy nasycone zasadami humanitaryzmu i krytyki wobec prawa dawnego. W opracowanym przez siebie w 1776 r. projekcie reformy Uniwersytetu w Krakowie KoŃtąj zalecał utworzenie odrębnej katedry prawa karnego, co zostało w kilka lat później zrealizowane. On będzie teŝ głównym inspiratorem podjęcia dzieła nowoczesnej kodyfikacji prawa sądowego w 1791 r.

Zanim jednak do tego doszło, polscy oświeceni uzyskali już częściowe rezultaty, przy czym rok 1776 stanowił w tym dziele datę ważną: doszło do przyjęcia ważnej konstytucji likwidującej tortury bez żadnych warunków i ograniczeń.¹⁶ Tą decyzją znalazła się Polska - po Anglii - na czele państw znoszących okrutne środki przymusu w procesie karnym. W przeciwieństwie przy tym do innych krajów ustawodawstwo polskie nie znało, poza torturami, innych sposobów zmuszania oskarżonego do zeznań. Tą samą konstytucją sejmową zniesiono także przestępstwo czarów.

Ten sam sejm z 1776 r. podjął próbę dokonania kodyfikacji. Nie była to pierwsza próba skodyfikowania prawa w okresie Oświecenia; stosowne uchwały sejmowe zapadały kilkakrotnie w latach 1764-1768, a powołana w 1775 r. Rada Nieustająca otrzymała to jako podstawowe zadanie.¹⁷

Dopiero jednak uchwała sejmowa z 1776 r. doczekała się realizacji w postaci przygotowania projektu. Sejm z 1776 r. polecił przeprowadzić kodyfikację ekskanclerzowi Andrzejowi Zamoyskiemu, przedstawicielowi światłej grupy magnaterii, który zrezygnował był z urzędu kanclerza na znak protestu przeciwko rosyjskiej ingerencji w sprawy polskie. Jednym z najruchliwszych członków komisji kodyfikacyjnej był wybitny polityk i prawnik, poświęcony sprawie reform patriota Józef Wybicki. Konstytucja nakazała kodyfikatorom stosowanie m.in. do sprawiedliwości naturalnej i przygotowanie kodeksu noszącego charakter powszechny.¹⁸ Przygotowany w dwa lata później projekt, przedłożony sejmowi w 1780 r., obalony został wspólnymi siłami konserwatywnych grup szlacheckich, kościoła i ambasady rosyjskiej. Obejmujący całość prawa sądowego materialne-

go i procesowego projekt wzorował się na romanistycznym podziale na *personae*, *res*, *actiones* i nie stanowił bynajmniej wyrazu nowych prądów Oświecenia w prawie karnym materialnym (inaczej było w prawie procesowym).

W przeciwieństwie jednak do prawa karnego materialnego, grzeszącego surowością w zasadzie nieznaną nawet w Polsce przedoświeceniowej, sporo nowych i ciekawych elementów znaleźć można w procesie i postępowaniu wykonawczym. Przecież znalazły w kodeksie miejsce problemy zawinienia, poczytalności, odpowiedzialności nieletnich, obrony koniecznej, także prawo do obrony, konieczność pełnego udowodnienia przestępstwa, selekcję więźniów i aresztantów, pomyślano o więźniach chorych, kobietach; kodeks miał nosić charakter prawa powszechnego, tj. dla ludzi wszystkich stanów, co byłoby w Polsce nowością. W kodeksie próbowano przemycić także ograniczone, ale postępowe reformy społeczne, co stało się podstawową przyczyną jego obalenia.

Zresztą zdania członków komisji kodyfikacyjnej były podzielone w zakresie surowości kar. J. Wybicki skłonny był do postępowych zmian w prawie karnym materialnym; podobnie nowe idee bliskie były Krzysztofowi Szembekowi, jak tego dowodzą jego glosy do kodeksu.

Podzielona była opinia publiczna w toku dyskusji nad gotowym już projektem. Obok napaści konserwatystów, projekt spotkał się także z ograniczoną krytyką za proponowane rozwiązania karnistyczne, z karą śmierci na czele. Szczególnie obszernie zaatakował projekt poseł Feliks Trojanowski w wydanej w 1780 r. książeczce *Uwagi na niektóre punkta nowo utworzonego prawa ...*, gdzie zajmując pozycję oświeconego humanisty poddał krytyce karę śmierci i podjął próbę wykazania niecelowości i szkodliwości posługiwania się w ogóle tego rodzaju karą. Przyjęte reguły proporcjonalności i wynagrodzenia szkody poprzez karę, obok zasady prewencji ogólnej i szczególnej, oraz utilitarne podejście do kary skłoniły F. Trojanowskiego do zdecydowanego propagowania kary pozbawienia wolności w połączeniu z robotami, jako tej, która najlepiej spełnia postawione karze zadania.

Rok 1776 przyniósł jeszcze jedną, fragmentaryczną wprawdzie, ale symptomatyczną zmianę w prawie karnym. Do zbrodni zdrady kraju ustawowo zaliczono wówczas, utrwalając kształtujący się wcześniej pogląd, pobieranie pieniędzy (pensji, podarków) od obcych mocarstw oraz prowadzenie na terytorium Polski werbunku do obcego wojska¹⁹. Wzmiankowane przepisy karne odzwierciedlały problemy ówczesnej Polski: ingerencję obcych mocarstw w sprawy kraju drogą przekupywania obywateli polskich, naruszanie suwerenności Rzeczypospolitej m.in. przez prowadzenie na jej terytorium werbunku do obcych wojsk. Jednocześnie jednak ustanowienie karalności takich czynów i traktowanie ich jako zbrodni zdrady kraju jest dowodem podejmowania prób ochrony suwerenności i niezawisłości państwa polskiego. Znamienne, że zmiany prawa karnego uchwalono na sejmie najbliższym po dramacie I rozbioru.

Dalszym dowodem wykorzystywania m.in. prawa karnego jako narzędzia walki o niepodległość Rzeczypospolitej było wytaczanie procesów zdrajcom narodu. Mimo oględności w postępowaniu - z uwagi na możliwość reperkusji międzynarodowych i obcej interwencji - niektóre z nich wywołały duży rezonans, jak np. proces w 1778 r. obywatela austriackiego barona Karola Juliusa o nielegalny werbunek do armii austriackiej, czy też proces zdrajcy księcia Adama Ponińskiego, kolaboranta zaborców w czasach I rozbioru Polski, oskarżonego m.in. o pobieranie pensji od Rosji, sążonego w dobie Sejmu Wielkiego w latach 1789-90.

Jednocześnie procesy owych czasów wykazały, że postępowanie w przyswajaniu nowych idei Oświecenia w judykaturze jest szybsze aniżeli w ustawodawstwie. Porzucając dawne zasady prawne i nie bacząc na przepisy, strony procesowe w swoich wystąpieniach podnosiły najnowocześniejsze zasady prawa materialnego i procesowego dopiero z wolna torując sobie drogę w Europie, a sądy w wyrokach zasady te uwzględniały. Wypowiedzi praktyków i podsądnych dowodzą, że do zwykłych przeciętnych prawników dotarły i zostały przez nich przyjęte nowe koncepcje i pojęcia. Zauważono, że ustawy mogą zakazywać tylko czyny szkodliwe, że nie można karać inaczej jak

tylko na mocy ustawy wprowadzonej w życie przed popełnieniem przestępstwa (nullum crimen, nulla poena sine lege; lex retro non agit). Po 1789 r. powoływano się przy tym - dla umocnienia swego stanowiska - na francuską *Deklarację Praw Człowieka i Obywatela*; wywodzono obszernie na temat prawnokarnych skutków umowy społecznej. Podstawą orzeczeń, oprócz konkretnych przepisów karnych, były także ludzkość i rozum, a w procesach obowiązywała zasada domniemania niewinności oskarżonego, gdyż prawo ludzkości, prawo natury nakłania umysł sędziego, aby raczej dziesięciu winowajców nie przekonanych uwolnił, niż żeby jednego niewinnego ukarał - jak stwierdził jeden z jurystów. Oskarżonym faktycznie gwarantowano pełne możliwości obrony, chociaż trzeba pamiętać, że działo się tak w głośniejszych i wywołujących większe zainteresowanie procesach.

Mimo upadku projektu Zamoyskiego, myśl kodyfikacji i reform nie została zarzucona; reformatorzy przegrali pierwszą batalię, ale nie walkę. Myśl postępowych zmian uwidaczniała się w wydawnictwach licznych w latach osiemdziesiątych, publicystyce zwłaszcza na łamach najwybitniejszego w tym czasie periodyku *Monitor*; pojawiały się niekiedy pomysły kodyfikacyjne, jak w 1785 r. w periodycznym wydawnictwie *Seryarz projektów prawa*.*

Sumując: nad Wisłą i Wilią poglądy humanitarne rozchodziły się względnie szeroko i łatwo czemu służyły nie tylko przekłady zachodnich traktatów, ale i ich znajomość w oryginale lub wersji francuskiej, a także częste wyjazdy, wśród których ojczyzny Beccarii i Monteskiusza były szczególnie modne. Wydaje się zresztą, że demokratyczne tradycje polskiej kultury politycznej i prawnej czyniły ją szczególnie podatną na prądy łągodzące system prawa. Idee humanitarnej naprawy prawa karnego zbiegły się zresztą z ujawniającymi się od około połowy XVIII w. tendencjami do reformy Rzeczypospolitej, co musiało objąć również prawo karne. Tak więc powszechne idee europejskie trafiły w Polsce na grunt podatny i uaktywniły rodzime dążenia. Zagadnienia polskie były jednak w znacznym stopniu odmienne od problemów prawa karnego w większości krajów Euro-

py, tak jak poprzez swoją łagodność odmienne było polskie prawo karne od praw innych państw. Wprawdzie owa łagodność nie była wynikiem prądów epoki, ale musiała rzutować na treści i charakter polskiego odłamu szkoły humanitarnej oraz kierunku zmian. Natomiast podstawową bolączką prawa polskiego było jego nieskodyfikowanie i w tym zakresie czekało polskich oświeconych pilne zadanie.

W dobie Sejmu Wielkiego ogólna reforma i odnowa państwa postawiła na porządku dziennym także problem reformy i kodyfikacji prawa sądowego, w tym karnego, chociaż w sytuacji Polski nie mogły to być zagadnienia pierwszoplanowe. Przebudowa państwa, w myśl koncepcji Kołłątaja i jego towarzyszy, miała wyrazić się w konstytucjach: politycznej, ekonomicznej i moralnej, ta ostatnia zaś obok rozwoju oświaty miała objąć kodyfikację prawa sądowego. Prawo bowiem zaliczano wówczas, co charakterystyczne, do nauk moralnych, wraz z etyką, ekonomią polityczną, historią, a także niektórymi innymi dyscyplinami, a więc należała do nauk o sposobach postępowania ludzi. Zauważmy, że bazująca na koncepcjach prawnaturalnych szkoła humanitarna miała tendencję do oceniania prawa z punktu widzenia jego zgodności z prawem natury, z umową społeczną; mogło to tylko ułatwić wiązanie etyki oraz nauki o prawie. Jednak Kołłątajowski program nie istniał jeszcze w chwili gdy zbierał się Sejm zwany później Czteroletnim.

Jeśli przyrzeć się ustawodawstwu karnemu Sejmowi Czteroletniemu, to łatwo zauważyć przede wszystkim brak programu w pierwszym dwuleciu obrad. W efekcie poczynania w przedmiocie ustawodawstwa karnego były dość chaotyczne. Przepisy karne nie były stanowione z myślą uporządkowania prawa karnego. Służyły zupełnie innym celom: miały zapewnić wykonanie norm ustrojowych. Były to więc z reguły oderwane, pojedyncze przepisy, nie składające się na żadną całość.

Taki właśnie charakter miała jedyna większa - przed wiosną 1791 r. - grupa przepisów karnych zawarta w ustawie o Komisji Wojskowej (z 15 grudnia 1788 roku).²⁰ Zabezpieczały te przepisy głównie instytucje przedstawicielskie oraz sądy przed zamachami ze strony Komii

sji, jak też samą Komisję przed korupcją zagraniczną. Przepisy karne dla Komisji Wojskowej były wyraźnie wynikiem nieufności wobec tej instytucji, wyrazem obawy o możliwość dopuszczenia się gwałtu wolności narodowej, o siłowe opanowanie przez Komisję demokratycznych instytucji życia publicznego: sejmu, sejmików, trybunałów i innych sądów, wolnej elekcji. Tkwiła w nich obawa przed wpływami zagranicznymi (surowo karano przestępstwo pobierania pensji zagranicznej), jak też chęć zapobieżenia wojnie z sąsiadami. Były więc te przepisy próbą zabezpieczenia państwa i jego demokratycznego ustroju oraz umocnienia co najmniej jednego podstawowego prawa obywatelskiego: zasady nietykalności osobistej. Była to więc jeszcze jedna z wielu - w dziejach Polski - ustaw zawierająca przepisy karne dla doraźnych potrzeb. Jeszcze jeden przyczynek do rozproszenia źródeł prawa karnego. Wszystko w dawnym, od wieków stosowanym stylu. Wyjątkiem była strona formalno-techniczna, w którym to przedmiocie zauważyć się dawały nowoczesne rozwiązania.

Poza wspomnianą ustawą o Komisji Wojskowej oraz kilkoma jeszcze - zupełnie drobnymi i rozproszonymi przepisami - zagadnienie prawa sądowego, a zwłaszcza karnego, znalazło miejsce w *Zasadach do poprawy formy rządu*²¹ z 23 grudnia 1789 roku. Skromny to jednak był wyraz. W *Zasadach* nie ma jeszcze idei skodyfikowania prawa sądowego, ale znalazły się dwie inne ważne zapowiedzi. Jedna to oddzielenie władzy ustawodawczej od sądowej, zaś druga - uchwalenie ustawy o sądzie sejmowym z opisem wszelkich spraw, jakie do niego należeć mają, tudzież z opisem postępowania prawnego. Ten właśnie zapis *Zasad do poprawy formy rządu* legł u podstaw przygotowania specjalnej ustawy o sądach sejmowych i uchwalenia jej wkrótce po *Ustawie rządowej*. Ustawa o sądach sejmowych zawierała elementy częściowej kodyfikacji i wyprzedziła kompleksowe przygotowanie kodeksu. Ta ustawa również miała na celu przede wszystkim zabezpieczenie państwa, jego ustroju, organów państwowych, bezpieczeństwa wewnętrznego; będzie jeszcze o tym bliżej mowa. Wydaje się jednak znamienne wysuwanie na plan pierwszy norm karnych chroniących państwo, ustrój i prawa obywateli.

Drugie dwulecie Wielkiego Sejmu zaczęło się od interesującej dyskusji na temat przysięgi posłów o niepobieraniu pensji zagranicznych. Mimo rozmaitych zastrzeżeń, ostatecznie Sejm uchwalił ustawę karną w tym względzie.²² Nazywała się ona trafnie deklaracją, bo też w istocie deklarowała - przypominała - dawny stan prawny: pobieranie pensji zagranicznej było przestępstwem zagrożonym najwyższą sankcją. Deklaracja specjalnie odnosiła się do posłów i senatorów.

W uchwalonym wcześniej, ale opublikowanych również w styczniu 1791 roku *Prawach kardynalnych niewzruszonych* główny akcent położony był na czynnikach suwerenności Rzeczypospolitej. Obok tego znalazły się przepisy mające zagwarantować prawa obywatelskie i polityczne: zasadę nietykalności osobistej (*neminem captivabimus*) oraz prawo wolnego głosu na sejmach i sejmikach. Przed uchwaleniem *Ustawy rządowej* nietykalność osobista rozciągnięta została także na mieszczan.²³

Prawo o sejmikach, również uchwalone jeszcze przed Konstytucją 3 maja (choć opublikowane później), zawierało cały obszerny rozdział przepisów karnych: za zamachy przeciwko bezpieczeństwu sejmików albo sejmikujących jak też za naruszenie prawidłowości i uczciwości obrad sejmikowych (m.in. korupcja). Wart zauważyć, że ustawa o sejmikach była pierwszą z kilku ustaw tworzących nową formę rządu. Zaliczona została do ustaw rangi konstytucyjnej. W zbliżony sposób rozwiązywano prawnokarną ochronę sejmów w ustawie z 28 maja 1791 roku o sejmach²⁴.

Wskazane ustawy były jedynymi w ustawodawstwie Sejmu Czteroletniego, zawierającymi przepisy karne poważniejszej rangi. Pozwała to na wniosek, że w skromnym ustawodawstwie karnym aż do maja 1791 roku dominowały normy mające chronić państwo i prawa obywatelskie. Nie dawał się natomiast zauważyć jakkolwiek program choćby tylko porządkowania prawa sądowego, nie wspominając już o kodyfikacji. Niesprecyzowany bliżej zamysł kodyfikacyjny ujawniony został dopiero w pracach nad *Ustawą rządową*. Potrzeba stworzenia kodeksu praw cywilnych i kryminalnych konsekwentnie ujmowana była w królewskim projekcie Konstytucji²⁵. I tam trudno

jednak mówić o programie, skoro rzecz ograniczała się do jednego zdania, które później znalazło się w artykule VIII *Ustawy rządowej*.

Konstytucja 3 maja w art. VIII zapowiadała opracowanie i uchwalenie kodeksu, który miał nosić imię Stanisława Augusta. Zanim jednak podjęto prace nad tym kodeksem, jeszcze w maju 1791 r. Sejm uchwalił ustawę o sądach sejmowych, w której obok przepisów dotyczących ustroju sądu znalazły się przepisy z dziedziny procedury karnej, a także prawa karnego materialnego. W prawie karnym pojawiła się nowa systematyka przestępstw politycznych (tylko takie, jako należące do sądu sejmowego, uregulowała ustawa): przestępstwo zdrady kraju potraktowane zostało jako zbrodnia przeciwko narodowi, a obraza majestatu królewskiego jako przestępstwo przeciwko rządowi Rzeczypospolitej. Obie zmiany w pełni odzwierciedlały postulaty przedstawicieli szkoły humanitarnej w przedmiocie przekształcenia pojęć niektórych typowo feudalnych przestępstw. Ustawa przyjmowała wyraźnie zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*, likwidowała resztki odpowiedzialności zbiorowej w postaci skutków infamii wobec rodziny sprawcy najcięższych zbrodni. Wszystkie przepisy ustawy miały odnosić się do podsądnych niezależnie od ich pochodzenia społecznego. Podkreślić warto znaczne zmiany w technice ustawodawczej. Widać świadome i przemyślane podejście do problemu technicznej konstrukcji przepisu, czego dotychczas nie było. Ustawodawca operował już nowoczesną, najczęściej syntetyczną dyspozycją, którą łączył z sankcją; w razie potrzeby dawał ustawowe definicje. Nowocześnie uregulowano także proces, z przyjęciem zasad *in dubio pro reo*, domniemania niewinności i oczywiście prawem do obrony, mającym zresztą w Polsce dobre i długie tradycje.²⁶

Kiedy w wykonaniu postanowienia *Ustawy rządowej* przystąpiono do prac kodyfikacyjnych, 28 czerwca 1791 r. piękną mowę programową wygłosił Kołłątaj dając wyraz swoim humanitarnym przekonaniom i przywołując „margrabię Beccaria”.²⁷ Wbrew jednak idei Kołłątaja, zmierzającego do pełnej unifikacji prawa polskiego i litewskiego, Litwini przywiązani do swojego statutu wykazali tendencje separatystyczne, a w efekcie powołano nie jedną, ale dwie deputacje

kodyfikacyjne: dla Korony i Litwy. Kodyfikacja prawa, podobne jak inne reformy, powstawała pod hasłem kompromisowej łagodnej rewolucji, który to termin zapożyczył Kołłątaj od Filangieriego (*pacifica rivoluzione*). Pracom komisji koronnej przewodniczył Kołłątaj, a pierwszoplanowe role odegrali: prawnik i poeta, późniejszy minister sprawiedliwości w rządzie powstania kościuszkowskiego, Józef Szymanowski; Józef Januszewicz i Józef Wybicki, a także adwokat i działacz mieszczański Franciszek Barrs. W komisji litewskiej wybijali się: Hieronim Stroynowski, rektor Szkoły Głównej w Wilnie, oraz radykalny działacz, poseł, wychowanek Szkoły Rycerskiej - Józef Weysenhoff, a znalazł się tam także Antoni Trębicki, autor właśnie co wydanego zbioru praw polskich, opatrzonego wyrażającą nowoczesne myśli przedmową. W zakresie prawa karnego jako wiódące przyjęto projekty Szymanowskiego oraz Weysenhoffa.

W opracowywanych tezach przyszłego kodeksu²⁸ wśród zasadniczych reguł znalazła się idea równości wobec prawa karnego. Przeszłość potraktowane zostało jako czyn społecznie szkodliwy, z podkreśleniem, że czyny nie mogące przynieść szkody nie powinny być zakazywane. Ta materialna definicja przestępstwa uzupełniona została podstawową zasadą humanitarnej szkoły w prawie karnym - *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Wśród zasad odpowiedzialności na plan pierwszy wysunięto wagę czynu mierzoną wielkością szkody płynącej z występku dla społeczeństwa. Jednocześnie jednak podjęto kwestię winy jako podstawy odpowiedzialności: przestępstwo można popełnić tylko w wypadku działania z nieskrępowaną wolą oraz posiadając rozeznanie znaczenia czynu.

Twórcy projektu jako cel kary widzieli przede wszystkim poprawę przestępcy, a także prewencję ogólną i szczególną. Kara nabierając charakteru relatywnego i użytecznego miała stać się środkiem kształtowania postaw i postępowania ludzi oraz środkiem wychowania społeczeństwa. Konsekwencją racjonalistycznego podejścia do problemu kary była zasada proporcjonalności kary do szkodliwości społecznej czynu, z uwzględnieniem jednakże strony podmiotowej - stopnia winy. W katalogu kar kodeksowych na czoło wysunięte zo-

stały kary pieniężne oraz pozbawienia wolności. Kary pieniężne miały być umiarkowane nie tylko w stosunku do czynu, ale także do możliwości majątkowych przestępcy. Weyssenhoff krytykował samą ideę kar pieniężnych wskazując na negatywne skutki uboczne dla rodziny, a także na dążność skarbu państwa do nadużywania takich kar ze względów finansowych, ale realnie oceniając niemożność ich usunięcia w danej chwili odsuwał sprawę likwidacji tych kar na przyszłość.

Kara konfiskaty majątku natomiast, jako sprzeczna z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności, została zgodnie skreślona z rejestru kar kodeksowych. Kara pozbawienia wolności mogła być połączona z obowiązkiem robót, zróżnicowanych w swym charakterze zgodnie z regułą współmierności kary do czynu. W toku codziennego postępowania z więźniem należało mieć na uwadze podstawowy cel kary, jakim jest poprawa przestępcy. Kara śmierci w systemie kar projektu dla Korony stała się karą wyjątkową, z której korzystać można wyłącznie w przypadkach szczególnych, a to gdy zachowanie przy użyciu przestępcy staje się niebezpieczne dla społeczeństwa. Samo wykonanie kary pozbawienia życia miało następować w sposób humanitarny. Natomiast radykalniejszy litewski projekt Weyssenhofa przewidywał w ogóle zniesienie kary śmierci.

Przy wymiarze kary tezy projektu *Kodeksu Stanisława Augusta* nakazywały uwzględnienie zarówno momentów przedmiotowych (sposób popełnienia przestępstwa, narzędzia, miejsce, czas), jak i podmiotowych (pobudki, charakter przestępcy, recydywa, płeć, wiek), a także - za Monteskiuszem - formę rządu, charakter narodu, klimat; radykalniejszy Weyssenhoff jako okoliczność obciążającą przewidywał wyższe urodzenie, wykształcenie, zamożność. W systematyce przestępstw sporo uwagi poświęcono kontrowersyjnym w ówczesnej dobie przestępstwom przeciwko religii, które potraktowane zostały jako przestępstwa przeciwko porządkowi i bezpieczeństwu publicznemu i tylko w tym aspekcie karane, zgodnie z myślą humanitarystów, z Monteskiuszem na czele.

Prace nad *Kodeksem Stanisława Augusta* zostały przerwane na skutek obalenia całego dzieła Sejmu Czteroletniego przez połączone siły reakcji targowickiej oraz zaborcy rosyjskiego.

W powstaniu kościuszkowskim²⁹ ustanowiono nową strukturę organów wymiaru sprawiedliwości i wprowadzono całkowicie nowe prawo, m. in. sądowe. Zawieszono sądownictwo w zakresie prawa cywilnego, natomiast sądzono sprawy karne. Nowe prawo karne insurekcji 1794 r. koncentrowało swoją uwagę na dwóch grupach czynów przestępnych, a to zdradzie kraju oraz na przestępstwach przeciwko powstaniu. Po początkowym okresie cechującym się pośpiechem w działalności ustawodawczej, po 3 czerwca 1794 r. nastąpiła stabilizacja i uporządkowanie stanu prawnego, co wiąże się z działalnością Józefa Szymanowskiego na stanowisku kierownika Wydziału Sprawiedliwości Rady Najwyższej Narodowej. Wydane 3 czerwca przepisy stanowiły niemal kodyfikację prawa powstańczego. Syntetyczna opisowa dyspozycja, nowocześnie rozwiązana sankcja, precyzja sformułowań - oto główne cechy formalne prawa czerwcowego. Dochodzi do tego nowoczesność idei i myśli w najlepszym duchu oświeceniowym.

Prawo insurekcji 1794 r. po raz pierwszy w dziejach Polski i Litwy zrealizowało zasadę równości wobec prawa karnego. Istotą przestępstwa była szkodliwość społeczna czynu. Tak ustawodawstwo powstańcze, jak i praktyka znały i uznawały zasady *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*, chociaż praktyka nieraz tej ostatniej reguły skłonna była nie przestrzegać - zawsze jednak na korzyść sprawcy. Odpowiedzialność związana była ze szkodą zrządzoną lub mogącą wystąpić, ale zależała także od winy, od nasilenia złej woli sprawcy. Sądy szeroko uwzględniały sprawę poczytalności orzekając w razie jej ograniczenia nadzór rodziny względnie umieszczenie w szpitalach i przytułkach. Ustawodawstwo nie określiło wieku jako dolnej granicy odpowiedzialności, ale sądy uwzględniały małoletność jako czynnik istotnie wpływający na złagodzenie kary. Zasada, że kary powinny być „do stopnia zbrodni stosowne”, czyli reguła proporcjonalności, znana była ustawodawstwu i ściśle przestrzegana

przez sądy, nawet jeśli przyszło w związku z tym naruszyć na korzyść oskarżonego regułę *nulla poena sine lege*. Przy wymiarze kary brano pod uwagę zarówno okoliczności podmiotowe, jak i przedmiotowe; wyższa pozycja społeczna i urzędowa sprawcy wpływała zastrzegająco na wymiar kary. Np. szlachcica za antypowstańcze wypowiedzi karano surowiej niż chłopą, gdyż sąd brał pod uwagę „prostotę w gadaniu chłopą”. W wyroku na zdrajcę z czasów drugiego rozbioru biskupa Wojciecha Skarszewskiego sąd stwierdził, że surowiej należy ukarać zdrajcę, który piastował godności i urząd senatora. Wymierzając kary uważnie badano pobudki czynu, brano pod uwagę stan oświecenia, sposób działania i udział w czynie, stan majątkowy, życie prywatne, recydywę i in.

Kara była zemstą obrażonego narodu. Uwzględniono potrzebę resocjalizacji, ale jednak podstawowym celem kary miało być odstraszanie, stąd publiczne wykonywanie kary śmierci oraz symboliczne egzekucje na wizerunkach (*in effigie*) osób nie ujętych. Mimo zadeklarowania w ustawodawstwie potrzeby odstraszania, nawet przy karze śmierci przeważały oświeceniowe elementy humanitarne: wykonywanie wyroku miało się odbywać i odbywało się humanitarnie, bez jakichkolwiek udręczeń. Przede wszystkim jednak karę śmierci utrzymano tylko w stosunku do najcięższych zbrodni pospolitych i politycznych, w praktyce zaś sądy stosowały ją nader rzadko, jak na warunki i okoliczności owych czasów. Prawdopodobnie zapadło takich wyroków w czasie całego powstania mniej, aniżeli w ciągu jednego dnia w samym Paryżu w miesiącach wielkiego terroru, co koresponduje w czasie z polskim powstaniem. Podstawową stała się kara pozbawienia wolności, którą starano się wykonywać humanitarnie, mimo kłopotów z niedostatkiem pomieszczeń dla pozbawionych wolności (większość zajmowali jeńcy wojenni) oraz trudności finansowych i aprowizacyjnych.

Najpierw praktyka sądów, a za nią ustawodawstwo przyjęły zasadę ścisłego przestrzegania odpowiedzialności indywidualnej, bez szkody dla majątku i dobrego mienia rodziny, wierzycieli, wynagrodzenia służby. Sądy dbały, by gniew przeciwko zdrajcom nie kiero-

wał się przeciwko ich rodzinom, np. skazując zdrającą sąd orzekł czasowe odesłanie dzieci na prowincję pod opiekę klasztoru, by uniknęły one gniewu ludu. Rozumiano dobrze potrzebę zapobiegania przestępczości i podejmowano w tym kierunku działania. Humanitarną postawę zajmowały przede wszystkim sądy i organy ścigania i ich praktyka stanowiła nieraz wskazówkę dla późniejszych uregulowań ustawowych. Dowodzi to m.in. rozpowszechnienia nowoczesnych idei wśród prawników i polityków. Podobnie humanitarnie skonstruowano i realizowano proces karny, po raz pierwszy w historii typowo mieszany.

Nowoczesne, humanitarne idee propagowała także publicystyka powstańcza, mimo że w czasie dramatycznych zmagani wojennych publicystyka oczywiście zajmowała się głównie innymi, aniżeli prawo karne, problemami. Niemniej w *Dzienniku Powstania Narodu* (nr 3-4) ukazały się anonimowo głośne już dziś w literaturze naukowej, bardzo interesujące artykuły Józefa Pawlikowskiego zatytułowane *Sądy kryminalne*. Autor zawarł w nich najdojrzalsze w polskim Oświeceniu myśli o wymiarze i celu kary. Potępiając rzeczywistość rewolucji francuskiej, jakobin Józef Pawlikowski stwierdził, że o ile potrzebna jest surowość dla wystąpienia zbrodni, o tyle „nigdy nadto względu mieć nie można w ocaleniu niewinności”, co zagubiono właśnie w rewolucyjnej Francji. Sędziowie wymierzając karę winni nie tylko stosować prawo, ale i poznać oraz uwzględnić wszystkie okoliczności przestępstwa. Ubóstwo, ciemnota, pochodzenie z ludu winny stanowić okoliczności łagodzące; „jeżeli nieszczęścia i przykre cierpienia zmagają człowieka do zbrodni, sąd jako nieszczęśliwego, nie jako przestępcę, uważać powinien”. Władze powinny dbać o człowieka, o jego los i moralność, a nie tylko ustanawiać kary. „Trzeba pierwiej usunąć powody przynaglające do przestępstw, a wtenczas kary będą słusznymi”. Należy złagodzić system kar i zmienić zasadniczy cel kary. „Wszystkie kary powinny dążyć albo do poprawy przestępcy, albo do odwrócenia innych od popełnienia tej zbrodni. Każdy odbywszy karę, wypłacił się za swe przewinienia, a zatem wracać się powinien do rządu obywatelstwa”.

Krytykując dotychczasowy system kar, a m.in. feudalną karę chłosty oraz karę śmierci, Pawlikowski pisał m.in.: „Bicie i kara śmierci daje widzieć moc tyranii człowieka nad człowiekiem, ale nie chęć poprawy jego. Bicie wystawia złośliwe pastwienie się nad słabym i upodlenie człowieka. W Rzymie nie godziło się smaganiem karać obywatela rzymskiego. W rzeczach pospolitych, gdzie szukano powagi człowieka, tam kar bicia nigdy nie używano. Smaganie w Sparcie zostawione tylko było dla niewolników (...). Kara śmierci więcej daje okropności, aniżeli użytku społeczeństwu. Człowiek nie może zadawać człowiekowi śmierci. (...). Sądziłbym, aby wyjąwszy tylko zdradę ojczyzny, nie karać nikogo śmiercią”. Są tu widoczne wpływy Beccarii i Monteskiusza, recypowane w sposób dojrzały.

Pawlikowski raz jeszcze zreasumuje swoje poglądy w wydanej w 1818 r. książce *O prawach kryminalnych*, gdzie także co do zasady przeciwstawiać się będzie karze śmierci. Głoszenie takich poglądów w dobie insurekcji padało na podatny grunt, czego dowodem głęboki humanitaryzm powstańczych organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Wśród działaczy insurekcyjnych znajdujemy zresztą wielu światłych przedstawicieli szkoły humanitarnej, w tym najbardziej radykalnych, jak Januszewicz, Kuźmirski, Szymanowski, Weysenhoff, Wybicki. Wręcz zaskakujące jest jak dalece ustawodawstwo powstańcze, a jeszcze bardziej praktyka organów ścigania i sądów - zarówno w zakresie prawa materialnego jak i procesowego - cechowały się nowoczesnością idei i łagodnością typową dla humanitaryzmu Oświecenia, ale nietypową dla trudnych warunków rewolucji i dramatycznej wojny o niepodległość. W okresie powstania kościuszkowskiego udało się wcielić w ustawodawstwie karnym i praktyce wymiaru sprawiedliwości wiele podstawowych idei szkoły humanitarnej. Była to najgłębsza i najbardziej udana próba realizacji zasad Monteskiusza, Beccarii i ich polskich zwolenników, dokonana w najbardziej niesprzyjającym momencie dziejów.

Upadek państwowości był jednocześnie upadkiem myśli prawniczej polskiej, która - jak wspomniano - była tradycyjnie w Rzeczypospolitej silnie związana z rzeczywistością polityczno-prawną, z insty-

tuczami prawno-ustrojowymi, z podejmowanymi lub zamierzonymi reformami, z praktyką. Zniknięcie polskiego państwa i prawa musiało więc wyrzucić głęboki negatywny skutek dla nauki i myśli prawniczej. Krótki, choć ważny, okres Księstwa Warszawskiego przypadł już na schyłek Oświecenia. Niemniej w ciągu tych kilku lat ożywienia nauki i nauczania prawa można dostrzec skromną kontynuację humanitarnych myśli i tradycji ustawodawstwa oraz praktyki, co zresztą po części przeniesie się jeszcze na pierwsze lata Królestwa Polskiego. W warszawskiej Szkole Prawa i Nauk Administracyjnych, a potem na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, jak też na Uniwersytetach w Krakowie i Wilnie nawiązywano - ale coraz słabiej - do nauk Monteskiusza, Beccarii i Filangieriego. Jak wspomniano, najbardziej dojrzały i pogłębiony wykład idei humanitarnych w myśli polskiej opublikował Pawlikowski w 1818 r. W tym samym roku na posiedzeniu krakowskiego Towarzystwa Naukowego ogłosił swoją *Rozprawę o przestępstwach i karach* Januszewicz, nie tylko wymieniając mężów wiekopomnej sławy, takich jak Beccaria, Filangieri, Sonnenfels i inni, ale i głosząc ich idee; opierając się na umowie społecznej występował zwłaszcza za łagodnością kar i ich proporcjonalnością do przestępstw, chociaż odstąpił już od zwalczania kary śmierci. Nie przypadkiem w Księstwie Warszawskim łatwo przyszło złagodzić surowe przepisy karne pruskie, natomiast oparto się recepcji francuskiego kodeksu karnego. W Królestwie Polskim zaś jedyny w dobie rozbiorów polski Kodeks Karzący z 1818 r. nie był wprawdzie pomnikiem humanitaryzmu, ale jakże korzystnie odbijał od wielu innych kodyfikacji europejskich, a zwłaszcza prawa rosyjskiego, które w 30 lat później zostanie Królestwu narzucone.

Wśród polskich i litewskich przedstawicieli szkoły humanitarnej zabrakło postaci na miarę europejską, zabrakło myśli odkrywczych i oryginalnych w sensie nowości. Mieliśmy głównie do czynienia z recepcją idei zachodnioeuropejskich, włoskich i francuskich, w mniejszym stopniu - bo też słabszych - austriackich, ale też z reguły była to recepcja dojrzała, nieraz pogłębiona, nieraz przefiltrowana przez pryzmat doświadczeń praktycznych, a na ogół ukierunkowana na wprowadzanie gabinetowo-teoretycznych wywodów zachodnich filo-

zofów do praktyki i rzeczywistości prawnej nad Wisłą i Wilią. Ów związek rozważań teoretycznych i myśli prawniczej z walką o przemiany i reformy prawa był charakterystyczny dla stosunków polskich i decydował o oryginalności polskich humanistów; jednocześnie nietypowa łagodność polskiego prawa ziemskiego tępiła ostrze wystąpienia polskich przedstawicieli szkoły humanitarnej, szkoły, która wyrosła przeciw na gruncie krytyki surowego systemu prawa feudalnego. Demokratyczne stosunki oraz tradycyjna łagodność prawa polskiego decydowały natomiast o przyjęciu idei humanitarnych w prawie i praktyce, nawet mimo niesprzyjających warunków politycznych i międzynarodowych.

PRZYPISY:

1. Orzechowski: *Dyalog albo rozmowa około egzekucyjnej polskiej Korony*. w: tenże: *Wybór pism*. Opr. J. Starnawski. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1972, s. 387.

2. M. Borucka: *Prawo natury jako ideologia antyfeudalna*. Warszawa 1957, s. 12 i passim; M. Szyszkowska: *Europejska filozofia prawa*. Warszawa 1993, s. 29 i n., passim.

3. Montesquieu: *O duchu praw*. Tłum. T. Boy-Żeleński. Przejrzał i uzupełnił M. Szczaniecki. Warszawa 1957, t. I. s. 134, zob. też s. 125 i n., 146 i in.; S. Pławski: *Zagadnienia prawa karnego w dziełach Monteskiusza*. w: pr. zbior.: *Monteskiusz i jego dzieło. Sesja naukowa w dwusetną rocznicę śmierci*. Warszawa 27-28 X 1995. Wrocław 1956, s. 170.

4. Zob. np. M.T. Maestro: *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*. New York 1942, s. 34 i n., passim.

5. C. Beccaria: *O przestępstwach i karach*. I wydanie polskie (przekład T. Waga). Brzeg 1772; II wydanie polskie: przekład E.S. Rappaport. Warszawa 1959.

6. Tamże (II wydanie), s. 58.

7. S. Pławski: op. cit., s. 158.

8. S. Salmonowicz: *Prawo karne oświeconego absolutyzmu. Z dziejów kodyfikacji karnych przełomu XVIII/XIX w.* Toruń 1966. s. 36.

9. C. Beccaria: op. cit., s. 68.

10. J. Czechowicz: *Praktyka kryminalna to jest wzór rozważnego i porządnego spraw kryminalnych sądenia według praw przyzwoitych i przystosowanych*. Chełmno 1769; zob. Z. Zdrójkowski: *Praktyka kryminalna Jakuba Czechowicza, jej źródła i system na tle rozwoju współczesnego prawa karnego zachodniej Europy*. Toruń 1949.

11. F. Minocki: *Dissertatio canonico-civilis de crimine laesae maiestatis*. Poznań 1775; S. Salmonowicz: *Franciszek Minocki (1731-1784) jako pisarz prawa karnego*. w: pr. zbior.: *Miscellanea iuridica złożone w darze Karolowi Koranyemu w czterdziestolecie pracy naukowej*. Warszawa 1961.

12. B. Leśnodorski: *Beccaria w Polsce XVIII wieku*. Nauka Polska 1965, z. 3, s. 52; tenże: *Zaatakujmy niesprawiedliwość u jej źródła. Cesare Beccaria w Polsce XVIII wieku*. w: tenże: *Ludzie i idee*. Warszawa 1972, s. 112; Archiwum Główne Akt Dawnych w Warszawie, dział Archiwum Publiczne Potockich, t. 61, k. 175.

13. Volumina legum, t. IX, s. 222.

14. Z. Zdrójkowski: *Prace naukowe Sebastiana Czochrona z dziedziny procesu i prawa karnego (1788-1800)*, w: pr. zbior.: *Miscellanea iuridica złożone w darze Karolowi Koranyemu w czterdziestolecie pracy naukowej*. Warszawa 1961, s. 191 i passim.

15. T. Kuźmirski: *Uwagi nad procesem z pisma z okazji cyrkułów oraz o powadze praw i karze śmierci*. Warszawa 1792, passim; Z. Zdrójkowski: *Tomasz Kuźmirski - nieznan, osiemnastowieczny polski prawnik humanitarysta i jego pisma na tle współczesnej literatury humanitarnej*. Czasopismo Prawno-Historyczne 1955, z. 2, s. 150-160 i passim.

16. A. Lityński: *The struggle for the reform of Polish criminal law and procedure in the years 1776-1794*. w: pr. zbior.: *Humanitarian traditions of the Polish criminal procedure. On the history of the torture abolition and free expression in the Polish criminal procedure*. Ed. S. Waltoś. ZN UJ nr DCXLVIII, Prace prawnicze z. 102. Warszawa-Kraków 1983, s. 67 i n. i zob. w tymże tomie inne prace; tenże: *Problem kary śmierci w Polsce 1764-1794. Z badań nad historią polskiej myśli prawniczej*. Czasopismo Prawno-Historyczne 1988, z. 2, s. 266; tenże: *Z zgadnień reformy prawa karnego w Polsce (1764-1794)*. Wiek Oświecenia, t. IX, Warszawa 1993, s. 189-190.

17. *Voumina legum*, t. VII, s. 32 (1764 r.), s. 181 (1764 r.), s. 332 (1768 r.), t. VIII. s. 72-73 (1775 r.)

18. Tamże, t. VIII, s. 72-73 (1775 r.) Projekt *Zbioru praw sądowych* stał się przedmiotem gruntownej monografii E. Borkowskiej-Bagińskiej: *Zbiór praw sądowych Andrzeja Zamoyskiego*. Poznań 1986.

19. A. Lityński: *Przestępstwa polityczne w polskim prawie karnym XVI-XVIII wieku*. Katowice 1976, s. 63 i n., passim. Dalsze uwagi opieram na tej pracy.

*. Już po napisaniu niniejszego tekstu, w trakcie korekty, ukazała się książka Mariusza Affeka: *Związki polsko-włoskie w naukach prawnych (1764-1795). Z dziejów humanitaryzacji prawa karnego w Polsce*. Warszawa 1995, szczegółowo omawiająca m.in. te sprawy.

20. *Volumina legum*, t. IX, s. 58.

21. Tamże, s. 158.

22. Tamże, s. 203; zob. też A. Lityński: *Sejmiki ziemskie 1764-1793. Dzieje reformy*. Katowice 1988, s. 89.

23. *Volumina legum*, t. IX, s. 203-204, 214, 216.

24. Tamże, s. 239, 265; A. Lityński: *Przestępstwa polityczne ...*, s. 97-121; tenże: *Sejmiki ziemskie ...*, s. 106, 128.

25. E. Rostworowski: *Marzenie dobrego obywatela czyli królewski projekt konstytucji*. w: tenże: *Legends i fakty XVIII w.* Warszawa 1963, s. 448.

26. *Volumina legum*, t. IX, s. 243-249.

27. *Kodeks Stanisława Augusta. Zbiór dokumentów*. wyd. S. Borowski. Warszawa 1938, s. 9-19.

28. Zob. na ten temat A. Lityński: *Prawo karne w projekcie Kodeksu Stanisława Augusta*. Acta Universitatis Wratislaviensis nr 234 - Przegląd Prawa i Administracji, t. V. Wrocław 1974, s. 177 i passim; tenże: *Tradycje i nowości w ustawodawstwie karnym Sejmu Czteroletniego (ze szczególnym uwzględnieniem projektu Kodeksu Stanisława Augusta)*. w: pr. zbior.: *Materiały z sesji Polskiego Towarzystwa Historycznego na zamku Królewskim w Warszawie 6-7 maja 1991*. Red. A. Grześkowiak-Krwawicz. Warszawa 1992, s. 46 i n.

29. A. Lityński: *Proces karny insurekcji 1794*. Katowice 1983; tenże: *Sądy i prawo w powstaniu kościuszkowskim*. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1988; tenże: *Przestępstwo zdrady kraju w prawie karnym powstania kościuszkowskiego*. Czasopismo Prawno-Historyczne 1976, z. 1; tenże: *Kara śmierci w prawie powstania 1794 roku*. w: pr. zbior.: *Dawne sądy i prawo*. Red. A. Lityński. Katowice 1983. Dalsze cytaty pochodzą z wymienionych prac.

SUWERENNOŚĆ

Problematyka suwerenności - nie tylko państwa polskiego - ma szczególne znaczenie w rozważaniach teoretycznych, jak i w analizie praktycznego funkcjonowania państwa. Suwerenność, identycznie jak prawo, występuje łącznie z państwem jako organizacją polityczną. Tak jak nie ma państwa bez prawa, a prawa bez państwa (z wyjątkiem prawa natury), tak też nieodłącznym atrybutem państwa jest jego suwerenność. Tak jak prawo bywa instrumentem politycznym państwa, tak suwerenność państwa staje się instrumentem układów międzynarodowych.

Suwerenność - szczególnie gospodarcza - ulega ciągłej dewaluacji, podobnie jak niegdyś złoty suweren angielski, bity od końca XV do początku XX wieku. Pierwotnie ważył ok. 15,5 g, od 1816 r. - ok. 7,99 g, a obecnie suweren ma wartość tylko muzealną. Sprzedawany jest jednak drożej niż waga czystego złota zawartego w suwerenie.

Suwerenność w politycznym znaczeniu, jako niepodległość, w każdym okresie historycznym jest najwyższą wartością każdego państwa. Ceną jej obrony jest danina krwi, która w Polsce ma szczególnie bogatą historię.

Czym jest suwerenność, czy odnosi się tylko do państwa jako organizacji politycznej, czy do całości życia politycznego w państwie?

Słowniki wymieniają wiele znaczeń suwerenności.

Suwerenność narodu - to zasada ustrojowa państw demokratycznych, w których władza bierze się z woli narodu.

Suwerenność parlamentu - niezależność sejmu i senatu od innych organów państwowych.

Suwerenność państwa - to niezależność władzy państwowej od władzy innych państw i instytucji oraz organizacji międzynarodowych.¹

Suwerenność - to niezależność jednego państwa od innych państw w sprawach wewnętrznych i stosunkach zewnętrznych.²

Suwerenność w znaczeniu prawnym - to przede wszystkim niezależność państwa, która wyraża się w jego osobowości prawnej, stanowiącej najwyższą władzę na określonym terytorium.³ Umocnieniem tak rozumianej suwerenności są postanowienia ONZ, potwierdzające prawo wszystkich państw do stałej suwerenności w stosunkach międzynarodowych, do suwerenności nad zasobami naturalnymi na lądzie i na morzu w obrębie granic danego państwa. Państwo suwerenne jest podmiotem prawa międzynarodowego.⁴ Deklaracja Zasad Prawa Międzynarodowego mówi o „suwerennej równości państw”.⁵

Ludwik Gelberg, analizując znaczenie suwerenności w kontekście prawa międzynarodowego, stwierdził, że współczesnemu prawu międzynarodowemu obce jest pojęcie suwerenności absolutnej, nieograniczonej. Uważa jednak, iż niedopuszczalne jest rozwiązywanie problemów międzynarodowych, dotyczących jakiegoś państwa, bez zgody wyrażonej przez właściwe organy. Do organów właściwych autor ten zalicza władzę zwierzchną i wyłączną na własnym terytorium, zaś w stosunkach zewnętrznych - samodzielność i niezawisłość oraz powszechnie uznane zasady i normy prawa międzynarodowego.

Suwerenność zwykło się rozważać w kontekście niepodległego państwa, traktując pojęcie suwerenności jak i niepodległości synonimicznie, a więc zamiennie. Jednakże praktyka życia politycznego coraz wyraźniej przeczy takiemu uogólnieniu, czy też uproszczeniu, tak bardzo w XX wieku złożonego, problemu suwerenności i niepodległości państwa. Można nawet sformułować tezę o potrzebie rozdzielnego traktowania pojęcia suwerenności i niepodległości państwa.

Niepodległość państwa jest ściśle związana z niezależnym bytem organizacji terytorialnej, obywatelskiej, rządzącej się według określonego systemu prawa, zgodnego z normami prawa międzynarodowego.

Suverenność zaś jest wyrazem sposobu funkcjonowania państwa, którego jednym z podstawowych celów jest tworzenie bezpieczeństwa dla niepodległego bytu państwa. W realizacji tego celu niezbędne są gwarancje instytucjonalne, które są swoistym nakazem łączenia się w niepaństwowe organizacje polityczne, wojskowe, gospodarcze czy oświatowe. Dają one - jeśli są suwerennym wyborem państwa - poczucie bezpieczeństwa i przydatności w zbiorowości świata.

Współczesne państwo - to nie tylko suwerenna władza i podporządkowane jej społeczeństwo, lecz suwerenność każdego składnika systemu politycznego, systemu, w którym grę polityczną o władzę prowadzą partie, związki zawodowe, a nawet związki wyznaniowe.

Suverenność państwa można więc zdefiniować jako podmiotowe prawo i obowiązek przestrzegania przez wszystkie składniki systemu politycznego (tj. władzę, partie, związki zawodowe, a nawet związki wyznaniowe) politycznej i finansowej niezależności od decyzji podejmowanych przez inne państwa i organizacje międzynarodowe.

W praktyce trudno jest wyobrazić sobie suwerenną równość państw. W czasie II wojny światowej mocarstwa decydowały o podziale na strefę wpływów w Europie - wschodnią i zachodnią. Polska znalazła się w strefie wschodniej. Polska - suwerenny rząd RP przebywający na emigracji - jako państwo uczestniczące w koalicji antyhitlerowskiej faktycznie nie uczestniczyła w żadnej konferencji międzynarodowej, na której zapadały decyzje o jej powojennych losach. Polska, odzyskując niepodległość po II wojnie światowej, w wyniku decyzji aliantów została wciśnięta w strefę wpływu ZSRR, w której zagrożona była suwerenność polityczna zewnętrzna i wewnętrzna każdego państwa. Toteż niektórzy prawnicy zanegowali nawet istnienie niepodległego państwa polskiego po II wojnie światowej. Eugene

niesz Smoktunowicz w książce wydanej w 1992 r. stwierdził: „gdyby zakończenie II wojny światowej oznaczało dla Polski odzyskanie niepodległości, wydarzenia te stałyby się niewątpliwie czynnikiem konsolidującym Naród Polski. Do tego jednak nie doszło. Na ziemiach polskich znalazła się znowu Armia Czerwona”.⁷ Znamienne, że w Zachodniej Europie wojska alianckie wyzwalały Niemcy, pozostając na ich terytorium, następnie przekształcone w bazy podporządkowane NATO, nie wywołują w literaturze prawniczej twierdzenia, jakoby z racji obcych wojsk Niemcy nie odzyskały niepodległości.

Posel Jerzy Pietkiewicz z Obywatelskiego Klubu Parlamentarnego stwierdził w Sejmie w 1990 r., iż PRL nie była państwem polskim, „a właściwie tylko agenturą sowiecką”. Zdaniem tego posła „22 lipca 1944 r. był początkiem upadku naszej państwowości i zniewolenia”.⁸ Poseł Jacek Szymanderski z Obywatelskiego Klubu Parlamentarnego uważał, że po II wojnie światowej nie było państwa polskiego, a tylko prowincja kierowana przez urzędników radzieckich.⁹

Analizując tego rodzaju stwierdzenia polityków i prawników można zastanawiać się nad tym, czy powinno się prowadzić rozważania na temat suwerenności PRL, jeśli takiego państwa miałyby w ogóle nie być. Takiej jednak wątpliwości nie miały rządy Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii w dniu 5 lipca 1945 r., przenosząc uznanie międzynarodowe z polskiego rządu w Londynie na Tymczasowy Rząd Jedności Narodowej w Warszawie¹⁰. Świat uznał Polskę nie jak nowo powstałe państwo, lecz jako istniejące bez żadnych przerw państwo odrodzone.

Fakt uznania władzy ludowej w Polsce wynikający z prawa międzynarodowego nie zamyka dyskusji nad zakresem suwerenności państwa polskiego po II wojnie światowej, bowiem w pierwszym okresie powojennym w Polsce miały miejsce takie wydarzenia, które na ogół kojarzą się z okupacją. Otóż w latach 1944 - 1945, przez jedenaście miesięcy, ZSRR sprawował kuratelę nad Polakami i tworzącą się władzą ludową, NKWD oraz sądy wojskowe Armii Czerwonej ferowały wyroki skazujące obywateli polskich. Agendy radzieckie na

obszarze państwa polskiego postępowały tak, jak we własnym kraju; działania te naruszały suwerenność władzy ludowej - Krajowej Rady Narodowej, PKWN i Rządu Tymczasowego. Przywódców Polskiego Państwa Podziemnego aresztowało NKWD, wywożąc ich do Związku Radzieckiego, zaś sąd w Moskwie wydał wyroki na obywateli polskich łamiąc suwerenność Polski.

Nikt wówczas nie wątpił, że PKWN powstał w Moskwie. Może dlatego Polacy w kraju domagali się, aby w miejsce PKWN jak najszybciej powstał rząd, którego rodowód byłby polski. 31 grudnia 1944 r. w Lublinie, na ziemi polskiej, traktowanej przez Armię Czerwoną jako zaplecze działań wojennych, powstał rząd, który de iure został przez Związek Radziecki, Czechosłowację i Jugosławię uznany za suwerenny. Faktycznie zaś można zastanawiać się nad celowością zmiany PKWN w tzw. rząd lubelski, skoro nie zmienił się jego rodowód.

Polska lubelska powstawała pod parasolem ZSRR. Jednocześnie był to obszar tego państwa, które reprezentowane było przez Rząd RP na emigracji, mający agendy w kraju. Z rządem tym Związek Radziecki zerwał (jak niektórzy historycy twierdzą: zawiesił) stosunki dyplomatyczne, ale fakt ten nie likwidował suwerenności polskich władz na emigracji, uznawanych przez Stany Zjednoczone i Wielką Brytanię. Działalność NKWD obok Armii Czerwonej utwierdzała Polaków w przekonaniu, że ZSRR na ziemiach wyzwolonych tworzył władzę, która mu będzie uległa. Ten stan rzeczy tylko nieznacznie zmienił się z chwilą utworzenia w dniu 28 czerwca 1945 r. Tymczasowego Rządu Jedności Narodowej, który de iure uznany został przez Francję (29 czerwca), Stany Zjednoczone i Wielką Brytanię (5 lipca). W rządzie tym znalazła się reprezentacja kół emigracyjnych (m.in. z gabinetu Mikołajczyka), co oznaczało kontynuację odrodzonego państwa polskiego. Mimo niekorzystnego dla kół emigracyjnych układu sił politycznych w ramach Tymczasowego Rządu Jedności Narodowej, rząd ten m.in. przez Stany Zjednoczone i Wielką Brytanię uznany został za suwerenną władzę niepodległej Polski, kontynuującej ciągłość państwa odrodzonego po 1918 r.

Przyjęcie założenia, że dopiero Tymczasowy Rząd Jedności Narodowej stał się suwerenną władzą polską, rodzi poważne konsekwencje natury prawnej, bowiem akty prawne wydawane przez PKWN i Rząd Tymczasowy w Lublinie wypadałoby zaliczyć albo do prawodawstwa nielegalnego, albo do prawodawstwa władzy o ograniczonej suwerenności.

Usytuowanie PKWN i Rządu Tymczasowego w Lublinie w systemie władzy o ograniczonej suwerenności lub zaliczenie ich do organów nielegalnych, poważnie utrudniałoby interpretację wielu następstw prawno-ustrojowych nie kwestionowanych przez czterdzieści pięć lat. Skoro ani prawo, ani historia, nie zanegowały na przykład uwłaszczenia chłopów z 1864 r. na obszarze Królestwa Polskiego, mimo iż był to akt zaborczy, to tym bardziej nie ma powodu negocjowania reformy rolnej z 1944 r. wprowadzonej dekretem PKWN, o którą wcześniej zabiegały pokolenia II Rzeczypospolitej i która była sednem sporów politycznych w sejmie okresu międzywojennego. Podobnie podpisanie w Moskwie 21 kwietnia 1945 r. polsko-radzieckiego układu o przyjaźni, wzajemnej pomocy i współpracy, może być uznane za zgodne z prawem ze względu na późniejszą legalizację Tymczasowego Rządu Jedności Narodowej, który stał się sukcesorem nie tylko Rządu Tymczasowego powstałego w Lublinie, ale także Rządu RP na emigracji, co było zgodne z wolą mocarstw zachodnich - Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii.

Przesunięcie ośrodka władzy w Polsce z obozu zwanego londyńskim do obozu rewolucyjnego, zwanego moskiewskim, odbywało się z udziałem Związku Radzieckiego za zgodą Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii. Protesty polskiego rządu na emigracji dotyczące postanowień konferencji jałtańskiej były lekceważone przez mocarstwa sojusznicze. Co zatem - dodajmy na tyłach frontu radzieckiego - można było zrobić? Po prostu realizm polityczny dyktował samozachowawcze rozwiązania, które pozwoliły narodowi polskiemu przetrwać i doprowadzić w stosownym czasie do przemian ustrojowych oraz do uwolnienia się od wpływów tzw. strefy wschodniej. Mógł tak uczynić tylko naród suwerenny.

Krajowa Rada Naradowa, realizując funkcję wewnętrzną, wydała „Statut tymczasowy rad narodowych”, określający organizację i funkcjonowanie rad w Polsce. Konsekwencją politycznego charakteru KRN były jej kompetencje związane ze stosunkami międzynarodowymi. Prezydium KRN do 11 września 1944 r. sprawowało funkcję głowy państwa, zdolnej m.in. do reprezentowania państwa w polityce zagranicznej. KRN sama sobie stworzyła prawo reprezentowania państwa na zewnątrz. Z tego rodzaju praktyk można czynić zarzut naruszenia suwerenności do czasu likwidacji urzędu prezydenta i rządu na emigracji. KRN jeszcze przed tym faktem wysłała delegację do Moskwy, uzyskując od Związku Radzieckiego poparcie dla poczynąń obozu rewolucyjnego i uznanie rady za jedyną władzę w Polsce. Zgodnie z konstytucją 1921 r., na którą rada powoływała się, reprezentowanie państwa na zewnątrz należało do prezydenta jako głowy państwa. Art. 48 konstytucji z 1921 r. stwierdzał, że prezydent Rzeczypospolitej reprezentował państwo na zewnątrz, przyjmował przedstawicieli dyplomatycznych państw obcych i wysyłał przedstawicieli dyplomatycznych państwa polskiego do państw obcych, a w art. 49 upoważniał prezydenta do zawierania umów z innymi państwami.

KRN w dążeniu do obalenia „starego” ustroju Polski, stojąc na gruncie suwerennego państwa, godziła się - bo też i nic innego działać nie mogła - na budowę aparatu państwowego uległego Związkowi Radzieckiemu. Był to problem politycznie obciążający Krajową Radę Narodową. Jednakże historia Polski dowodzi, że w okresach dramatycznych nie był to jedyny przykład podporządkowania polityki zagranicznej (a i wewnętrznej również) wytycznym obcych państw. W okresie rządu generała Sikorskiego, o polityce zagranicznej Polski ze Związkiem Radzieckim, decydowała Wielka Brytania. Mieczysław Nurek nie bez racji napisał, iż Brytyjczycy „dając Polakom pozory swobody decyzji, aprobowali je i zgadzali się na ich realizację tylko wtedy, jeżeli nie były one sprzeczne z interesami imperium brytyjskiego”. Tak więc uległość emigracyjnego rządu względem polityki Wielkiej Brytanii gwarantowała istnienie pozornej suwerenności państwa polskiego.¹¹

Po II wojnie światowej nawiązywanie stosunków dyplomatycznych z Polską jako podmiotem prawa międzynarodowego, a więc z suwerennym państwem w strefie wpływów ZSRR, trwało kilka lat. Polska - po uznaniu przez mocarstwa zachodnie Tymczasowego Rządu Jedności Narodowej i po ustaleniach konferencji poczdamskiej - jako państwo suwerenne podpisała 16 października 1945 r. Kartę Narodów Zjednoczonych. Do 1956 r. stosunki dyplomatyczne z Polską podpisało 55 państw. Działo się tak przecież niezależnie od faktu, że do 1956 r., ale także i w latach następnych, suwerenność Polski była uzależniona od ZSRR. Polska sama też była sygnatariuszem wielu traktatów międzynarodowych, a jako państwo będące podmiotem prawa międzynarodowego nie była kwestionowana mimo ograniczenia jej suwerenności przez ZSRR wbrew zasadzie równości państw wyznaczonej kartą ONZ. Zasada ta została jeszcze mocniej zdefiniowana Deklaracją Zasad Prawa Międzynarodowego, uchwaloną 24 października 1970 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych.

Z niepodległością wiąże się jeszcze jeden istotny fakt. Otóż państwo niepodległe, jeśli nawet ulega wpływom jakiegoś innego państwa z racji układów międzynarodowych, zachowuje swą suwerenność względem innej grupy państw. PRL należąca do obozu państw socjalistycznych, połączonych Układem Warszawskim i Radą Wzajemnej Pomocy Gospodarczej, szczególnie od lat siedemdziesiątych prowadziła ożywione kontakty polityczne i gospodarcze z szeroko pojętym Zachodem.

W obozie państw socjalistycznych nacisk kładziono na pryncypia ustrojowe i na przyjaźń ze Związkiem Radzieckim. 26 lipca 1944 r. w Moskwie PKWN podpisał porozumienie o wzajemnych stosunkach między Armią Radziecką a polską administracją. Porozumienie to stworzyło dowództwu wojsk radzieckich nieograniczoną możliwość nie tylko w zakresie realizacji operacji wojennych na obszarze Polski, ale także w terroryzowaniu Polaków. 21 kwietnia 1945 r. Osóbka-Morawski i Stalin podpisali w Moskwie układ o przyjaźni, wzajemnej pomocy i współpracy, mający obowiązywać dwadzieścia

lat. Pośpiech w zawarciu tego układu może wywoływać zastrzeżenia, jeśli weźmie się pod uwagę zarzuty co do legalności tzw. rządu lubelskiego.

Zupełnie inne refleksje nasuwają się z powodu wpisania 10 lutego 1976 r. do konstytucji PRL deklaracji o przyjaźni ze Związkiem Radzieckim. Ten akt woli najwyższej władzy przedstawicielskiej, tj. Sejmu PRL, był wyrazem dominacji posłów należących do PZPR, która nie wyobrażała sobie działalności bez patronackiego ZSRR. Ale partia ta, w zakresie nowelizacji konstytucji w 1976 r., dysponowała poparciem Zarządu Głównego Zrzeszenia Prawników Polskich oraz Komitetu Nauk Prawnych i Instytutu Nauk Prawnych PAN. Wpisanie w drugiej połowie lat siedemdziesiątych przyjaźni ze Związkiem Radzieckim do Konstytucji PRL nie podważało suwerenności zewnętrznej czy wewnętrznej Polski, świadczyło jednakże o służalczości władzy i o mechanizmach funkcjonowania Sejmu, który nie był zdolny do przeciwstawienia się partii.

Istotne zmiany nastąpiły w okresie powstania III Rzeczypospolitej, bowiem w 1989 r. przestał istnieć obóz państw socjalistycznych, w 1990 r. zjednoczyły się Niemcy, a w 1991 r. rozpadł się Związek Radziecki jako podmiot prawa międzynarodowego. W 1991 r. nastąpiła likwidacja Układu Warszawskiego i Rady Wzajemnej Pomocy Gospodarczej. Wojska radzieckie (federacji rosyjskiej) opuściły Polskę w 1993 r. Polska - jako państwo niepodległe - znalazła się w szarej strefie między tzw. Europą Atlantycką a Rosją. Nie ma gwarancji bezpieczeństwa z Zachodu, a zagrożenie ze Wschodu nie jest wykluczone. Partnerstwo dla pokoju podpisane z NATO nie narusza niepodległości Polski, jest bowiem suwerenną decyzją III Rzeczypospolitej, nie jest jednakże instytucjonalną gwarancją na wypadek zagrożenia zewnętrznego. Suwerenne dążenia Polski, mające na celu bliższe zespolenie się z Zachodem, są nadal ograniczane przez Rosję. Fakt ten uzasadnia moją tezę, iż praktyka życia politycznego w XX wieku wręcz zmusza do rozdzielenia pojęcia niepodległości od szeroko pojętej możliwości korzystania z pełnej suwerenności.

Suwerenność wewnętrzna wyraża się w niezawisłym funkcjonowaniu organów władzy państwowej, głowy państwa i organów przedstawicielskich.

Suwerenność wewnętrzna powojennej Polski znalazła się w poważnym zagrożeniu za czasów Bolesława Bieruta (którego powiązania z NKWD wciąż nie są dostatecznie wyjaśnione) i Józefa Cyrankiewicza, kiedy to sprowadzano pomoc kadrową ze Związku Radzieckiego do obsady wysokich stanowisk w polskim rządzie, wojsku i partii.

Organem odzwierciedlającym suwerenność narodu - zgodnie z Konstytucją PRL z 1952 r. - miał być Sejm, pochodzący z wyborów powszechnych, równych, wybierany w tajnym głosowaniu i w sposób bezpośredni przez wyborców. Mimo iż wola wyborców w zgłaszaniu kandydatów na posłów była ograniczona przez FJN, to jednak naród w wyborach uczestniczył.

W sejmie, z racji propagandy wokół kandydatów na posłów, występowało mniejsze niebezpieczeństwo przenikania przedstawicieli ZSRR, niż w Radzie Ministrów, wyłanianej poza kontrolą narodu. Jednakże i w dziejach parlamentu PRL mamy dowód wyboru na posła Bohatera Związku Radzieckiego. Był nim Stanisław Popławski, generał radziecki i polski. Żołnierz i oficer Armii Czerwonej od 1920 r., we wrześniu 1944 r. skierowany do służby w Ludowym Wojsku Polskim. Od 22 listopada 1947 r. był dowódcą wojsk lądowych i głównym inspektorem wyszkolenia bojowego. Od 2 kwietnia 1949 r. pełnił funkcję wiceministra obrony narodowej. Był posłem do Sejmu Ustawodawczego i Sejmu PRL I kadencji, członkiem Komitetu Centralnego PZPR.

Przykładem rusyfikacji władzy polskiej może być Karol Świerczewski ps. Walter, który od 1944 r. był członkiem KC PPR, desygnowanym przez partię na posła KRN, a w 1947 r. został wybrany posłem do Sejmu Ustawodawczego. Świerczewski od 1915 r. związany był z Rosją, następnie z ZSRR. W 1917 r. wstąpił ochotniczo do

Gwardii Czerwonej, brał udział w rewolucji październikowej. Od 1918 r. był w partii bolszewickiej i w Armii Czerwonej. W latach 1936-1938 uczestniczył w wojnie narodowej w obronie republiki hiszpańskiej, a następnie powrócił do Związku Radzieckiego. W styczniu 1944 r. wszedł w skład Centralnego Biura Komunistów Polskich w ZSRR, był w Ludowym Wojsku Polskim. Po wojnie, w Polsce, był Generalnym Inspektorem Osadnictwa Wojskowego i dowódcą okręgu wojskowego w Poznaniu, a od 14 lutego 1946 r. wiceministrem obrony narodowej. Zginął 28 marca 1947 r. w walce z UPA.

Rada Ministrów, zgodnie z konstytucją, sprawowała ogólne kierownictwo i koordynowała pracę ministerstw. Trzy z nich miały szczególne znaczenie z punktu widzenia suwerenności państwa, a mianowicie: ministerstwo spraw zagranicznych, ministerstwo obrony narodowej i ministerstwo spraw wewnętrznych. Ministerstwo obrony narodowej powierzono Konstantemu Rokossowskiemu, który urodził się w Warszawie, ale od 1917 r. był w Armii Czerwonej, od 1919 r. w Rosyjskiej Komunistycznej Partii (bolszewików), Wszechzwiązkowej (od 1925 r.) Komunistycznej Partii (bolszewików), a od 1952 r. w KPZR. W 1949 r. na podstawie porozumienia między rządami polskim i radzieckim Rokossowski objął stanowisko ministra obrony narodowej i wicepremiera Rządu PRL. 7 listopada 1949 r. mianowany został marszałkiem Polski. Rokossowski był też członkiem Biura Politycznego Komitetu Centralnego PZPR. 12 listopada 1956 r. opuszczającemu Polskę Rokossowskiemu podziękowania za ofiarną pracę składali I sekretarz KC PZPR Władysław Gomułka, przewodniczący Rady Państwa Aleksander Zawadzki i premier Józef Cyrankiewicz.

Udział radzieckich obywateli we władzach polskich miał miejsce wtedy, gdy prezydentem był Bolesław Bierut, a Józef Cyrankiewicz premierem. Rokossowski wszedł do rządu jako wicepremier wtedy, gdy z tego stanowiska usunięty został Władysław Gomułka. Ministerstwo obrony narodowej przejął po Michale Żymierskim, który od 3 maja 1945 r. był jedynym w PRL marszałkiem polskim rozpoczynającym służbę wojskową nie w Armii Czerwonej, lecz jeszcze w polskich

Drużynach Strzeleckich i Legionach Polskich. W okresie II Rzeczypospolitej zarzucono mu współpracę z wywiadem radzieckim.

Przypuszczać należy, iż z racji Układu Warszawskiego Polska nie mogła mieć rodzimego marszałka. Jest jednak jeszcze inny aspekt uczestnictwa obywateli radzieckich w kierowaniu wojskiem polskim. Wszystkie wywiady starały się i starają ulokować swoich agentów w komórkach decyzyjnych, nie tylko państw ustrojowo przeciwnych, ale również sojusznicznych. Temu samemu procesowi poddana była Polska jako sojusznik ZSRR, której naród nigdy nie był zwolennikiem polityki proradzieckiej.

Likwidacja w Polsce oficjalnego doradztwa radzieckiego w 1956 r. zapewne nie wyeliminowała wszystkich ukrytych mechanizmów agenturalnych. Jeśli się nawet przyjmie, że PRL nie miała niczego do ukrycia przed ZSRR, to trudno jednak uzasadnić i usprawiedliwić fakt powierzania obywatelom radzieckim, także w okresie tzw. odwilży politycznej 1956 r., wysokich funkcji w wojsku polskim. Otóż w 1956 r. (a więc w okresie przywództwa partyjnego Władysława Gomułki), na stanowisko głównego inspektora szkolenia wojska polskiego powołany został gen. Jerzy Bordziłowski, będący szefem Sztabu Generalnego WP od 19 stycznia 1954 r., a od 21 kwietnia 1954 r. wiceministrem obrony narodowej (w okresie rządu Józefa Cyrankiewicza). W 1954 r. był w Armii Czerwonej, szkolił się w ZSRR na komunistycznych uczelniach, od 1921 r. był członkiem partii bolszewickiej.

Należy zauważyć, że w kadrze kierowniczej Ludowego Wojska Polskiego wymienić można dużo więcej osób o rodowodzie radziecko-polskim, które przenikały do instytucji państwa polskiego o znaczeniu strategicznym. Wielu wyższych oficerów LWP zdobywało dyplomy w uczelniach wojskowych i politycznych ZSRR. Był to nieuchronny rezultat Układu Warszawskiego, izolującego Polskę od struktur wojskowych państw zachodnich.

Suwerenność wewnętrzna - to także niezawisła działalność ruchów społecznych i organizacji politycznych w kraju, ich niezależ-

ność od obcych państw i organizacji działających poza granicami kraju. Warto zastanowić się, czy i na ile międzynarodowe organizacje naruszają suwerenność poszczególnych ruchów politycznych i społecznych. III Międzynarodówka w okresie międzywojennym traktowała partie komunistyczne jako wydziały realizujące ustalenia kierownictwa Kominternu. Taka struktura Kominternu niwelowała suwerenność podporządkowanych mu organizacji politycznych, które musiały realizować zadania niejednokrotnie wrogie własnemu państwu.

Pojęcie Polski jako pokracznego tworu traktatu wersalskiego narzucone przez przywódców moskiewskich członkom Komunistycznej Partii Polskiej znalazło odzwierciedlenie w 1925 r. na IV konferencji KPP. Stefan Królikowski mówił, że w „granicach obecnych Polski uratować się nie da. Bo to nie jest Polska”. Myśl tę uzupełnił Stanisław Budzyński: „Polski dzisiejszej nie uznajemy, bo nie uznajemy traktatu wersalskiego”¹². Jest coś w tym charakterystycznego, że przywódcy KPP działający na szkodę państwa polskiego nie zginęli z rąk polskich za zdradę ojczyzny, lecz na polecenie Stalina pod zarzutem współpracy m.in. z wywiadem państwa polskiego. Z rozkazu Stalina w latach 1937-1938 zamordowano więcej komunistów polskich niż zginęło ich w okresie od I proletariatu z 1882 r. do rozwiązania KPP w 1937 r.¹³

W latach czterdziestych dynamicznie wzrastało zainteresowanie życiem politycznym, zaś suwerenność narodu malała. W latach 1945 - 1946 w partiach działało 3 mln osób (na 24 mln mieszkańców), w tym do największych należała PPR, licząca 1 mln członków, PPS - 0,6 mln, PSL - 0,6 mln, do mniejszych należały SP, SD, SL. Nielegalnie działały partie narodowe i chadeckie, a w konspiracji zbrojne organizacje patriotyczne. PPR zarzucano współpracę z Moskwą. Biuro Informacyjne Partii Robotniczych i Komunistycznych narzucało jednolitość ustrojową państwom demokracji ludowej, czym zniewalało suwerenność wewnętrzną poszczególnych państw. Po wymuszonym zjednoczeniu ruchu robotniczego, a następnie ludowego, stagnacja życia politycznego utrzymywała się w latach 50-tych i 60-

tych i dopiero w latach 70-tych nastąpił liczebny wzrost członków partii politycznych, szczególnie PZPR, a także ruchów opozycyjnych.

Uległość SL wobec PPR, a następnie ZSL i SD wobec PZPR, doprowadziła do traty suwerenności i tożsamości tych partii, aż do zatracenia wpływu na sprawowanie władzy w państwie. Zgubne znaczenie miał także nadmiar wpływu na władzę, bowiem działalność PZPR wymykała się spod kontroli narodu. Taki system partyjny kończy się całkowitym upadkiem.

W III Rzeczypospolitej rozpadły się wszystkie dotychczasowe partie istniejące legalnie w PRL (z wyjątkiem SD, którego znaczenie niemalże całkowicie zmałało). Brak swobody politycznej w PRL spowodował, że w III Rzeczypospolitej - w warunkach wolności politycznej - nastąpiło duże rozdrobnienie nowo powstałych partii. W 1993 r., tuż przed wrześniowymi wyborami do parlamentu, w Polsce było 225 partii, jednakże ta wielość partii nie jest potwierdzeniem politycznej aktywności narodu, bowiem ich liczebność nie przekracza 0,5 mln członków (na 38 mln mieszkańców). Mała liczebność partii umniejsza suwerenność narodu, który swoje cele podmiotowe realizować powinien poprzez działalność polityczną. Niechęć narodu do działalności politycznej powoduje, że staje się on zakładnikiem władzy wykonawczej, na którą - mimo iż jest suwerenem - nie ma zasadniczego wpływu. Fakt ten świadczy o niedojrzałości demokracji, w której naród jest źródłem władzy, a jednocześnie o malejącej roli narodu jako suwerena.

W latach osiemdziesiątych oraz na początku lat dziewięćdziesiątych pojawiło się w Polsce, wobec ograniczonego wpływu narodu na władzę, wysoce niepokojące zjawisko w ruchu związkowym, odezwany od kontrolującego go czynnika politycznego. Otóż suwerenność „Solidarności” jako wolnego związku zawodowego stała się zakładnikiem obcych sił z racji finansowania działalności tego związku przez państwa Zachodu.

Zachód od początku powstania „Solidarności” udzielał jej pomocy finansowej, wykorzystując do tego fundusze amerykańskiego wy-

wiadu. Informację w tej sprawie opublikowano na łamach pisma „Time”, a w Polsce podała ją PAP:

„7 czerwca 1982 r. ówczesny prezydent Stanów Zjednoczonych Ronald Reagan i papież Jan Paweł II zawarli „święte przymierze”, którego celem było udzielenie maksymalnej pomocy zdelegalizowanej wówczas „Solidarności” w Polsce, pobudzenie ruchów reformatorskich nie tylko w Polsce, ale również na Węgrzech i w Czechosłowacji oraz destabilizacja radzieckiej kontroli nad Europą Wschodnią”.

„Sojusz zawarty przez Reagana i Papieża - pisze „Time” - był częścią szerszej strategii, która miała na celu doprowadzenie do upadku gospodarki Związku Radzieckiego, rozluźnienia więzi między ZSRR a państwami satelitarnymi w Europie Wschodniej oraz wymuszenie reform w całym bloku wschodnim”.

Po spotkaniu Reagana z Papieżem w bibliotece watykańskiej, dla „Solidarności”, „kanałami stworzonymi przez księży, amerykańskich agentów oraz przedstawicieli amerykańskiej centrali związkowej AFL-CIO i zachodnioeuropejskich ruchów związkowych przesyłano do Polski tony sprzętu - telefaxy, maszyny drukarskie i powielacze, przekąźniki, telefony, odbiorniki krótkofalowe, kamery video, fotokopiarki, teleksy, komputery” - pisze „Time”.

W piśmie „Time” wyjaśniono dokładnie, że „Solidarność” finansowana była z funduszy Centralnej Agencji Wywiadowczej (CIA), powołanej przez Kongres USA Narodowej Fundacji na Rzecz Demokracji, tajnych kont Watykanu oraz funduszy zachodnioeuropejskich związków zawodowych. Decyzje w sprawie wspomagania „Solidarności” konsultowano z Papieżem za pośrednictwem dyrektora CIA. Pomoc materialna przychodziła za pośrednictwem Szwecji i Danii.

Papież i Reagan stwierdzili, „iż w Jałcie zostały popełnione wielkie błędy i coś należy z tym zrobić. [...] Odpowiednią bronią do realizacji tego zamierzenia była „Solidarność, ponieważ była ona organizacją ludzi pracy w Polsce”.

Ponadto od 1980 r., a więc od porozumień sierpniowych, do 1987 r. „Solidarność” otrzymywała ze źródeł zagranicznych co roku ok. jednego miliona dolarów. W 1988 r. Kongres Stanów Zjednoczonych i organizacje prorządowe USA przyznały i przekazały „Solidarności” dwa miliony dolarów. W 1989 r. związek otrzymał trzy miliony dolarów z różnych źródeł w USA i dodatkowo ponad dwa miliony dolarów na kampanię wyborczą do Sejmu i Senatu.

Lech Wałęsa od października 1980 r. do maja 1989 r. otrzymał 19 nagród na łączną kwotę 4,1 mln dolarów, 70 000 franków francuskich, 60 000 marek zachodniemieckich, 60 000 funtów szterlingów, 150 000 szylingów austriackich, 100 000 koron norweskich, 1,6 mln koron szwedzkich i 50 000 koron duńskich.

Prezydent RP Lech Wałęsa informację tygodnika „Time” nazwał „kompletnym absurdem”, zaś Jan Paweł II wiadomościom „Time'a” nie zaprzeczył, podkreślił natomiast przywiązywanie przez Stolicę Apostolską dużej wagi do porządku moralnego w każdym państwie. W Polsce - powiedział Papież - łamane były prawa człowieka.¹⁴

„Święte przymierze” - sposób finansowania „Solidarności” jako siły napędowej zmiany systemu komunistycznego - doprowadziło do dewaluacji znaczenia tego ruchu, a nawet do zaprzepaszenia jego suwerenności.

Problem suwerenności jest nieodłącznym atrybutem pojęcia nowoczesnego państwa, jednakże jej zakres zmienia się w miarę rozwoju życia politycznego.

PRZYPISY:

1. *Leksykon PWN*, Warszawa 1971, s. 1132.
2. *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1982, t. II, s. 348.
3. E. Osmańczyk: *Encyklopedia Spraw Międzynarodowych i ONZ*. Warszawa 1974, nota 3412.

4. L. Ehrlich: *Prawo międzynarodowe*. Warszawa 1958, s. 109 - 110.
5. Uchwała Zgromadzenia Narodów ONZ, 24 X 1970, zasada VII; R. Bierzanek: *Zasady prawne pokojowego współistnienia i ich kodyfikacji*. Warszawa 1968, s. 129 - 137.
6. L. Gelberg: *Zarys prawa międzynarodowego*, Warszawa 1977, s. 102.
7. E. Smoktunowicz: *Prawo zrzeszania się w Polsce*. Warszawa 1992, s. 35.
8. Sprawozdanie stenograficzne z 25 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej. 5 i 6 IV 1990, s. 221, 229, 241.
9. Zob. Z. J. Hirsz: *Polska między II a III Rzeczypospolitą, 1944 - 1989*. Białystok 1993, s. 7 i nn.
10. Szerzej zob. Z. J. Hirsz: *Państwo polskie po układzie Ribbentrop - Mołotow*. Białystok 1991, s. 91 i nn.
11. M. Nurek: *Polska w polityce Wielkiej Brytanii w latach 1936 - 1941*. Warszawa 1983, s. 315.
12. H. Cimek: *Komuniści, Polska, Stalin 1918 - 1939*. Białystok 1990.
13. J. Ptasieński: *Jakie mogły być motywy Stalina?* „Życie Literackie”. Nr 28, 10 VII 1988.
14. Zob. Z.J. Hirsz: *Historia polityczna Polski 1939-1993*. Białystok 1996, s. 252-253.

MODEL OPIEKI SPOŁECZNEJ W II RZECZYPOSPOLITEJ

„Opieka społeczna” jest już pojęciem historycznym. We wszystkich niemal współczesnych państwach - zastępuje się je terminem „pomoc społeczna” lub „usługi socjalne”.¹ Stało się tak np. w Niemczech, gdzie w miejsce dawnych nazw opieka nad ubogimi (Armenfürsorge, Wohlfahrtspflege), publiczna opieka nad ubogimi (öffentliche Armenfürsorge), opieka społeczna (Fürsorge) - od r. 1961 t.j. od wydania kolejnej ustawy przyjęto nową „pomoc społeczna” (Sozialhilfe).² Podobne zmiany w nazewnictwie wystąpiły również w Polsce. Dawniejszą dobroczynność, dobroczynność publiczną, opiekę społeczną zastąpiono pomocą społeczną poprzez uchwalenie ustawy o pomocy społecznej z 29 XI 1990 r., choć propagandowo terminem tym posłużono się już w art. 70 Konstytucji PRL z 1952 r.³ Jak słusznie zauważył Herbert Szurgacz we „Wstępie do prawa pomocy społecznej” zmiany te „były związane z zewnętrznym wyrazem ewolucji dokonującej się w materialnej treści instytucji”.⁴ Na tę materialną treść miały i mają wpływ różne czynniki, z których istotnymi wydają się być m.in. stopień rozwoju społeczeństwa oraz sposób zorganizowania państwowości. Świadczy o tym najbardziej ogólny rys historyczny procesu kształtowania się pomocy społecznej w Europie i w Polsce.

W początkowych formach organizacji społeczeństwa ludzkiego należy domniemywać istnienia niezorganizowanych form pomocy dobroczynnej. W okresie wspólnoty pierwotnej mogła to być pomoc członków rodziny, czy indywidualnych członków plemienia. W starożytności - w Atenach i w Rzymie - pomoc ta przybierała charakter publiczny. Obywatele otrzymywali różne świadczenia ze strony pań-

stwa i częstokroć wcale nie były one bezintersowne⁵. Jednakże godny podkreślenia jest fakt, że po raz pierwszy silna organizacja państwa (demokracja ateńska, republika i cesarstwo w Rzymie) była zdolna zorganizować pomoc biednym. Państwo stało się podmiotem - świadczeniodawcą, koordynatorem pomocy, a obywatele mieli prawo jej egzekwowania w przypadku ubóstwa.

W epoce feudalizmu chrześcijaństwo począwszy od średniowiecza zmieniło pogląd na pomoc. Ubóstwo utożsamiano ze świętością.⁶ W stanowym społeczeństwie uprawianiem działalności dobroczynnej zajęły się głównie kościoły i osoby prywatne. Państwo występujące w roli władzy policyjnej ograniczało się do reglamentowania zakresu i sposobu uprawiania rozpowszechnionego wówczas żebractwa albo jak to miało miejsce np. w krajach niemieckich stosowało wobec włóczęgów i bezdomnych żebraków represje prawne w postaci postępowania przeciw tzw. szkodliwym ludziom. Zresztą w osobowym prawie feudalnym w niektórych pomnikach prawnych określonym kategoriom osób, jak kalekom, karłom, niewidomym, głuchym, trędowatym, chorym psychicznie w ogóle odbierano, bądź zmniejszano zdolność prawną, a więc podważano nawet ich podmiotowość prawną.

Za początek zorganizowanej pomocy społecznej uważa się Elżbietańskie Prawo Ubogich z r. 1601. Potrzebę utworzenia publicznej opieki społecznej w oparciu o samorząd (parafie) spowodowała m.in. kasacja klasztorów w okresie Reformacji.⁷ Już wtedy w Anglii wypracowano teoretyczne podstawy funkcjonowania publicznej opieki i po raz pierwszy w doktrynie zostało stwierdzone, że opieka nad ubogimi jest obowiązkiem publicznym. Uzupełnieniem Prawa Ubogich było wydane w r. 1662 prawo zasiedzenia. Zasady prawne takie jak minimalny okres pobytu na danym terenie uprawniający do otrzymania pomocy, rodzina powinna zapewnić opiekę swoim członkom, korzystanie z pomocy sąsiedzkiej, odpowiedzialność jednostek lokalnych za zaspokajanie potrzeb swoim mieszkańcom pomimo upływu trzech wieków nie uległy zasadniczym zmianom i obowiązują w wielu krajach obecnie.⁸

W wieku XVII i XVIII następuje zeświecczenie pomocy. Miały wpływ na to odmiennie uwarunkowania społeczno-ekonomiczne, rozwój nauk społecznych i nowożytnych doktryn polityczno-prawnych. Pod koniec wieku XVIII powstawały różnego rodzaju organizacje filantropijne, których działalność w wieku XIX ponownie zweryfikowało życie. Pojawienie się przemysłu fabrycznego spowodowało gwałtowny wzrost liczby potrzebujących wsparcia. Idee Rewolucji Francuskiej sprawiły załamanie się poprzednich rozwiązań ustrojowych i społecznych.⁹ Ustawą z r. 1834 stworzono w Anglii podstawy do prowadzenia zakładów dla ubogich o celach zakładów poprawczych, gdzie praca była przymusowa. Konstytucja duńska z r. 1849 stanowiła o opiece dla osób niezdolnych do zapewnienia sobie warunków utrzymania, czemu sprzyjał dobrze rozwinięty samorząd.¹⁰ Państwo - od połowy XIX z momentem utworzenia publicznej kontroli wydatków praktycznie przejęło na swe barki zadania pomocy społecznej co ściśle łączyło się z koncepcją państwa dobrobytu, w którym jednostka powinna znajdować jego opiekę od „kolebki do grobu”.¹¹

Pomoc społeczna w Polsce rozwijała się nieco inaczej niż w Europie. Kościół katolicki wywierał tutaj większy wpływ na jej formy. W średniowieczu dobroczynnością zajmowały się głównie kościoły, klasztory oraz osoby prywatne. Państwo ograniczało się do kontroli zakresu i uprawiania żebractwa. W okresie odrodzenia państwo wprowadziło pewne formy nadzoru nad działalnością dobroczynną Kościoła, zakonów i osób prywatnych (zatwierdzanie fundacji, nadawanie statutów niektórym szpitalom, przytułkom, zwolnienia podatkowe).¹²

W epoce Oświecenia w Rzeczypospolitej zaczęto tworzyć zręby administracji zajmującej się opieką nad ubogimi. Najlepszym przykładem może być ustanowienie Komisji Boni Ordinis (r. 1768) oraz Komisji Nadzoru nad Szpitalami - koronnej i litewskiej (r. 1775).¹³

Rozpad Rzeczypospolitej w wyniku rozbiorów przyczynił się do odmiennego dalszego kształtowania się pomocy społecznej w poszczególnych zaborach. Tak więc w chwili odzyskania niepodległości

w r. 1918 w II Rzeczypospolitej obowiązywało w zakresie pomocy społecznej pięć odrębnych ustawodawstw zaborczych.

Na ziemiach byłego zaboru pruskiego obowiązywała ustawa z dn. 6.VI.1870 r., zmieniona ustawami z dn. 12 III 1894 r. i 30 V 1908 r. Według tych aktów opiekę nad potrzebującymi jej sprawowały miejscowe i krajowe związki wspierania ubogich. Miejscowe związki wspierania ubogich składały się z kilku lub z jednej gminy, natomiast krajowe - z większej liczby miejscowych.¹⁴

Na ziemiach byłego zaboru austriackiego nie było odrębnego ustawodawstwa w dziedzinie opieki społecznej. Kwestię tę regulowała ustawa z dn. 3 XII 1863 r. o uregulowaniu stosunków swojszczyzny. Prawo swojszczyzny uprawniało do swobodnego pobytu w gminie i do żądania zaopatrzenia w razie zubożenia.

Na terenie Spisza i Orawy obowiązywały przepisy węgierskie.

Na ziemiach byłego zaboru rosyjskiego ukazem z 19 VI 1870 r. rząd rosyjski zlikwidował dawne Rady: Opiekuńcze i Szczegółowe, zaś na ich miejsce powołał gubernialne, powiatowe i miejskie rady dobroczynności publicznej, a w Warszawie - Radę Miejską Dobroczynności Publicznej. Wcześniej wydano kilka aktów prawnych, z których należałoby wymienić dekret Namiestnika z dn. 2 XII 1817 r., reskrypt carski z 2 III 1842 r. i ukaz z r. 1864 m.in. nakładające na gminy obowiązek zaopiekowania się ubogimi mieszkańcami do gmin tych przynależnymi tj. zapisanymi do gminnych ksiąg ludności stałej.¹⁵ Wszystkie wymienione powyżej akty zajmowały się jednak przeważnie ściśle zagadnieniami organizacji wszelkich istniejących wówczas zakładów dobroczynnych (szpitali). Ta chęć kontrolowania i reglamentowania każdej najdrobniejszej sfery życia społecznego była przejawem woli władzy absolutnej. Nie można tu mówić jeszcze o istnieniu nowożytnej opieki ustawowej. Troskę o ubogich zlecono organom samorządu, ale trzeba pamiętać, że ziemstwa zarówno gubernialne i powiatowe mogły, lecz nie były obowiązane zajmować się dobroczynnością publiczną. Braki w opiece ustawowej w znacznym stopniu uzupełniała oddolna inicjatywa społeczna.

Reasumując, należy stwierdzić, że władze państwowe II Rzeczypospolitej stanęły przed trudnym zadaniem zbudowania od podstaw własnego modelu opieki społecznej. Pierwszym krokiem ku temu była niewątpliwie ustawa z 16 VIII 1923 roku o opiece społecznej, która obowiązywała niemal 66 lat (po II wojnie światowej dekretem z 22 X 1947 roku prolongowano jej obowiązywanie w PRL), tj. do momentu uchwalenia w r. 1990 nowej ustawy o pomocy społecznej.

Punktem wyjścia do analizy ustawowego modelu opieki społecznej w II RP jest ustawa o opiece społecznej z 16 VIII 1923 r. (cytowana dalej jako: u.o.s.). Prace nad nią rozpoczęto już w marcu 1921 roku w Sejmie Ustawodawczym, kiedy to poseł ksiądz Wacław Bliźniński z grupą posłów z Klubu NZL. zgłosił wniosek w sprawie uchwalenia ustawy społecznej o opiece społecznej. Bliźniński przedstawił projekt powyższej ustawy, który stał się przedmiotem obrad Sejmowej Komisji Opieki Społecznej. Definitywnego załatwienia projekt ten doczekał się dopiero podczas obrad Sejmu w lipcu 1923 roku. Przyjęto go po trzech czytaniach większością głosów lewicy.¹⁶

Zgodnie z art. 25 u.o.s. ustawa weszła w życie z dn. 21 III 1924 r. Wyprzedziła ona szereg ustaw ściśle z nią związanych, a niezbędnych dla rozwoju całej polityki opiekuńczej. Brak samorządu wojewódzkiego, uchwalonych ustaw samorządowych, sądownictwa administracyjnego w województwach, opłakany stan finansów komunalnych spowodował konieczność wydania licznych niezbędnych dla wprowadzenia w życie nadających się do tego przepisów u.o.s. - rozporządzeń Ministra Pracy i Opieki Społecznej. Te same motywy skłoniły Departament Opieki Społecznej do zainicjowania zawieszenia u.o.s. w województwach poznańskim i pomorskim.¹⁷ Zawieszono tam jej obowiązywanie od dn. 26 VIII 1924 roku na mocy ustawy z dn. 25 VII 1924 r. z tym, że upoważniono Ministra Pracy i Opieki Społecznej do rozciągnięcia niektórych przepisów u.o.s. na obszar tych województw.¹⁸ W województwie Śląskim u.o.s. nie obowiązywała. Poza przepisami wydanymi przez Sejm Śląski, stosowano tam przepisy niemieckie,

байд austriackie (odpowiednio pod dawniejszym zaborem niemieckim i austriackim).

Ustawa o opiece społecznej z r. 1923 wzorowana na ustawodawstwie niemieckim składała się z 26 związanych artykułów zatytułowanych: Określenie i cel opieki społecznej (art. 1), Zakres opieki społecznej (art. 2), Środki zaspokajania niezbędnych potrzeb (art. 3), Obowiązek sprawowania opieki społecznej w ogólności (art. 4), Rozgraniczenie obowiązków opiekuńczych gmin, powiatów, województw i państwa (art. 5-7), Nabycie prawa do trwałej opieki (art. 8), Utrata prawa do trwałej opieki (art. 9-14), Prawa obywateli polskich za granicą i obcokrajowców w Polsce (art. 15), Materialne środki na cele opiekuńcze (art. 16), Władza nadzorczą i egzekucyjną (art. 17-18), Połączenie ciał samorządowych (art. 19-20), Rozstrzygnięcie sporów (art. 21), Zwierzchnie władze. Rada Opieki Społecznej (art. 22-26).¹⁹

W art. 1 u.o.s. ustawodawca następująco zdefiniował pojęcie opieki społecznej. „Opieką społeczną w rozumieniu niniejszej ustawy jest zaspokajanie ze środków publicznych niezbędnych potrzeb życiowych tych osób, które trwale lub chwilowo własnymi środkami materialnymi lub własną pracą uczynić tego nie mogą, jak również zapobieganie wytwarzaniu się stanu, powyżej określonego”. W definicji tej można wyróżnić trzy podstawowe elementy składające się w nierozłączną, logiczną całość, która w sposób ogólny, ale za to jasny i precyzyjny wyjaśnia intencje prawodawcy przy tworzeniu powyższego aktu prawnego. Te trzy elementy to:

- podmiot opieki społecznej
- przedmiot opieki społecznej
- sposób realizacji opieki społecznej

Wszystkie wyszczególnione elementy są rozwinięte w kolejnych artykułach ustawy. I tak w art. 2 u.o.s. (zakres opieki społecznej) ustawodawca skonkretyzował zarówno zakres przedmiotowy, jak i podmiotowy opieki społecznej. Do podmiotów - świadczeniobiorców

u.o.s. zaliczyła bardzo szeroki krąg osób: niemowlęta, dzieci, młodzież, matki, starców, inwalidów, osoby kalekie, nieuleczalnie chorych, upośledzonych umysłowo, niezdolnych do pracy, bezdomne ofiary wojny i szczególnie ciężko poszkodowane, więźniów po odbyciu kary, żebraków, włóczęgów, alkoholików i zajmujących się nierządem. Poza tym krąg tych świadczeniobiorców został poszerzony (art. 6 u.o.s.) o te podmioty względem, których państwo miało specjalne obowiązki z tytułu publicznego (inwalidzi wojenni i wojskowi, rodziny osób pełniących służbę wojskową, byli skazańcy polityczni, weterani powstań narodowych, osoby szczególnie zasłużone, byli skazańcy polityczni, weterani powstań narodowych, osoby poszkodowane w związku z wypadkami majowymi w r. 1926).

Obowiązek sprawowania opieki społecznej u.o.s. nałożyła niemal w całości na związki samorządowe (świadczeniodawcy art. 4 u.o.s.). Państwo obciążono tym obowiązkiem (świadczeniodawcy) tylko w trzech wyjątkowych wypadkach:

- ponoszenie wydatków i opieka nad osobami względem, których państwo miało specjalne obowiązki z tytułu publicznego (art. 6 u.o.s.),

- wykonywanie tych rodzajów opieki, które przekraczały możliwości finansowe związków samorządowych (cyt. art. 6 u.o.s.)

- ponoszenie kosztów opieki (nie wykonywanie) nad obywatelami, którzy w żadnej gminie RP nie mieli prawa do trwałej opieki (art. 13 u.o.s.).²⁰

Warunkiem sine qua non tworzącym prawno - obligacyjne relacje pomiędzy świadczeniobiorcą a świadczeniodawcą było wg u.o.s. tzw. prawo do trwałej opieki (art. 8 u.o.s., kontynuacja zapoczątkowanej w Prawie Ubogich z XVII wieku odpowiedzialności gmin). Ewentualny świadczeniobiorca nabywał je ze strony danej gminy jeśli był obywatelem RP i przebywał co najmniej przez 1 rok w tej gminie) (niezależnie od zameldowania pobytu).²¹ Uzyskanie takiego prawa rodziło obowiązek jego realizacji przez konkretny związek samorządowy lub państwo. Ponadto ustawodawca przewidywał sytuacje unie-

możliwiające jego nabycie kobiecie przez zamążpójście w gminie uprawnionego męża od chwili zawarcia związku małżeńskiego oraz dzieciom do lat 16:

- a) ślubnym, bądź równouprawnionym ze ślubnym - w gminie uprawnionego ojca,
- b) których ojciec nie żył - w gminie, w której zmarł,
- c) ślubnym w małżeństwie rozdzielonym a pozostającym przy matce, nieślubnym - w gminie uprawnionej matki.

Utrata prawa do opieki następowała poprzez nabycie tego prawa w innej gminie, bądź przez trwałą niobecność w gminie z wyjątkiem wypadków odbywania służby wojskowej, przebywania w zakładach leczniczych lub opiekuńczych, w zakładach przymusowego zamknięcia oraz emigracji poza granice kraju (art. 9 u.o.s.).

Świadczeniobiorcom - obywatelom RP przysługiwało także prawo do tymczasowej opieki i to bez względu na czas trwania pobytu (art. 10 u.o.s.). Jeżeli jednak dany świadczeniobiorca miał prawo do trwałej opieki, gmina zobowiązana do tymczasowej opieki mogła domagać się zwrotu wydatków od gminy zobowiązanej do trwałej opieki albo odesłać do niej potrzebującego pomocy.²²

W przypadku gdy świadczeniobiorca w ogóle nie miał prawa do trwałej opieki w żadnej gminie Rzeczypospolitej, wówczas gmina - niejako ad hoc - była zobowiązana do wykonywania opieki z tym, że koszty ponosiło wyłącznie państwo (art. 13 u.o.s.).

Reasumując, w zasadzie każdemu obywatelowi RP przysługiwało ustawowe prawo do opieki społecznej i w zależności od konkretnej sytuacji było to prawo do opieki trwałej (koszty ponosiła gmina), tymczasowej (koszty ponosiła gmina) lub ad hoc (doraźnej, koszty ponosiło państwo). Prawo do opieki obywateli polskich za granicą oraz cudzoziemców do opieki społecznej w granicach RP określały umowy międzynarodowe, w braku zaś tychże stosowano zasady wzajemności (art. 15 u.o.s.).²³

Przedmiotem opieki społecznej były te wszelkie sytuacje, którym miały podobać przepisy ustawy odpowiednio określone w samym nazewnictwie podmiotów - świadczeniobiorców. W okresie opracowywania ustawy w latach 1921-1923 dostrzegano przede wszystkim i starano się objąć normami prawnymi powojenną rzeczywistość, tak że w art. 2 u.o.s. wyliczono potrzeby wówczas najbardziej naglące, dotkliwie odczuwane (m.in. opieka nad bezdomnymi ofiarami wojny i szczególnie ciężko poszkodowanymi). W gronie osób objętych ustawową opieką społeczną nie było osób bezrobotnych. Gdy od r. 1924 bezrobocie zaczęło wzrastać i stało się ono zjawiskiem powszechnym władze państwowe próbowały zlecić samorządom rozwiązanie tego problemu w ramach ustawy o opiece społecznej. Samorządy broniły się, twierdząc, że skoro w u.o.s. nie ma ani słowa o pomocy bezrobotnym, pomoc ta z braku innych przepisów prawnych jest obowiązkiem państwa.²⁴ Powyższy spór nigdy nie został rozstrzygnięty, co doprowadziło do charakterystycznego dualizmu, gdzie gmina uzupełniała państwową i społeczną akcję pomocy bezrobotnym poprzez udzielanie niektórych świadczeń.²⁵

Materialnym wyrazem sposobu realizacji opieki społecznej było wyraźne odróżnienie przez ustawodawcę opieki zakładowej; (zamkniętej) i pozazakładowej (otwartej). Zgodnie z treścią art. 3 u.s.o. w zakresie zaspokajania niezbędnych potrzeb do życia opieka społeczna polegała na dostarczaniu: koniecznych środków żywności, bielizny, odzieży i obuwia, odpowiedniego pomieszczenia z opałem i światłem. pomocy w nabyciu niezbędnych narzędzi pracy zawodowej, pomocy w dziedzinie higieniczno-sanitarnej, pomocy w przywróceniu utraconej lub podniesieniu zmniejszonej zdolności do pracy. Ponadto opieka społeczna miała starać się o religijno-moralne, umysłowe i fizyczne wychowanie dzieci, młodocianym miała zapewnić pomoc w przygotowaniu do pracy zawodowej, wreszcie obejmowała obowiązek pogrzebu. Wszystkie świadczenia były formami opieki pozazakładowej (otwartej). Ustawodawca nie pokusił się w ogóle o przybliżenie choćby przykładowych form opieki zakładowej (zamkniętej) pozostawiając tę kwestię do rozstrzygnięcia innym aktom prawnym i praktyce. Większą część norm w omawianej ustawie poś-

więcono zagadnieniom organizacji opieki społecznej czyli formalnej stronie sposobu jej realizacji. Jak już wcześniej wspomniałem, właściwie cały ciężar obowiązków opiekuńczych spoczął na barkach samorządu terytorialnego. W art. 5 u.o.s. rozgraniczono obowiązki związków samorządowych w zakresie opieki społecznej. Gminy wiejskie i miejskie niewydzielone (liczące mniej niż 25 000 mieszkańców) sprawowały opiekę pozazakładową w postaci dostarczania świadczeń określonych w art. 3 u.o.s., zakładową zaś w miarę możliwości finansowych. Powiatowe związki samorządowe uzupełniały (subsydiowały) opiekę gmin wiejskich i miast niewydzielonych z powiatowych związków samorządowych przez udzielanie pomocy materialnej gminom oraz zapewniały urządzenia i prowadziły różnego rodzaju zakłady opiekuńcze. Miasta wydzielone z powiatowego związku samorządowego (więcej niż 25 000 mieszkańców) sprawowały zarówno opiekę zakładową, jak i pozazakładową. Do czasu wprowadzenia samorządu wojewódzkiego międzykomunalne związki powiatów i miast wydzielonych obowiązane były do zorganizowania zakładów dla poszczególnych kategorii dzieci i dorosłych, wymagających opieki specjalnej. Wskazane normy ogólne zostały uzupełnione rozporządzeniami Prezydenta RP z 6 III 1928 r. o rozgraniczeniu obowiązków komunalnych i z 22 III 1928 r. o związkach międzykomunalnych.²⁶ W myśl tych przepisów gminy wiejskie i miejskie miały udzielić poszczególnych świadczeń opiekuńczych w naturze bądź w postaci zasiłków pieniężnych. Powiatowe związki samorządowe oraz miasta wydzielone zobligowano do organizowania zakładów opieki nad matką i dzieckiem, nad sierotami oraz nad starcami i niezdolnymi do pracy.

Zadania państwa w zakresie opieki społecznej zostały określone w samej ustawie o opiece społecznej (art. 6, 13, 22-24 u.o.s.) oraz w szeregu innych ustaw i rozporządzeń. Tak więc w myśl art. 22 u.o.s. centralnym organem administracji państwowej w zakresie opieki społecznej był Minister Opieki Społecznej, przy którym od r. 1925 istniała jako jego organ doradczy i opiniotwórczy Rada Opieki Społecznej. Złożona z reprezentacji samorządu, instytucji opieki społecznej.

nej i zainteresowanych ministerstw.²⁷ Do kompetencji Ministra Opieki Społecznej należało:

- popieranie stowarzyszeń i związków o charakterze wzajemnej pomocy,

- nadzór i kontrola nad działalnością instytucji opieki społecznej

- rejestracja zakładów, instytucji opieki społecznej, legalizacja ich fundacji i zapisów,

- nadzór nad działalnością samorządów w zakresie opieki społecznej (w przypadku niewykonywania obowiązków w tym zakresie a wynikających z u.o.s. władze nadzorcze miały np. prawo wstawienia odpowiednich kwot do budżetu samorządu, prawo przeprowadzenia na jej koszt niezbędnych zarządzeń),

- możliwość udzielenia materialnej pomocy związkom samorządowym, ale ograniczona do wyjątkowych wypadków (art. 17 u.o.s.).²⁸

Zgodnie z art. 1 u.o.s. koszty opieki społecznej miały być pokrywane z funduszków publicznych, na które składały się sumy budżetowych związków komunalnych, fundusze lub dochody z majątków przeznaczonych na ten cel w myśl postanowień osób fizycznych i prawnych, sumy przeznaczone specjalnymi przepisami prawnymi (kary, grzywny itp.), sumy udzielane dodatkowo przez państwo (art. 16 u.o.s.). W tak stworzonych warunkach - jak słusznie zauważył J. Starczewski - „akcja społeczeństwa w dziedzinie opieki społecznej staje się teoretycznie najzupełniej zbędna. po co bowiem organizować tę akcję, skoro każdy potrzebujący pomocy ma prawo doświadczeń ze strony gminy i to świadczeń ogromnych. Ustawa z r. 1923 nie stwarza ani odpowiedniego klimatu dla rozwoju społecznej akcji opiekuńczej, ani nie daje żadnego bodźca inicjatywie prywatnej”.²⁹

Trzeba jednak podkreślić, że ta „państwowa” opieka społeczna już w pierwszym etapie swego rozwoju (lata 1918 - 1925) wzięła pod uwagę prywatne instytucje społeczne poprzez udzielenie im pomocy i współdziałanie z nimi (art. 2 pkt g) u.o.s.). W art. 7 u.o.s. ustawodawca stanowił, iż związki samorządowe i państwo zobowiązane do

sprawowania opieki zakładowej mogły spełniać powyższe zadania za pośrednictwem wszelkich odpowiednich zakładów opiekuńczych na zasadzie zawartej między nimi umowy. Dalej w art. 22 u.o.s. ustalającym zakres kompetencji Ministra Opieki Społecznej podano m.in., że do tegoż ministerstwa należy popieranie stowarzyszeń o charakterze wzajemnej pomocy, nadzór i kontrola nad działalnością instytucji opieki społecznej, rejestracja stowarzyszeń, zakładów i instytucji opieki społecznej, legalizacja ich statutów, fundacji i zapisów. „Ten pierwotny punkt zaczepienia - o dobroczynność prywatną - był zdaniem K. Ogrodzkiego - punktem wyjścia dla planu ściślejszego jej zespolenia z opieką społeczną”, co znalazło wyraz w rozporządzeniu z dn. 27 IV 1927 r. o nadzorze i kontroli nad działalnością instytucji opiekuńczych wraz z całym zespołem przepisów wykonawczych.³⁰ Ważnym krokiem do włączania czynnika obywatelskiego do pracy w dziedzinie opieki społecznej była zapowiedź zorganizowania komunalnych organów opieki społecznej w postaci powołania instytucji opiekunów społecznych i stało się to w latach 1928-29.³¹

Analiza rozwoju modelu opieki społecznej w II Rzeczypospolitej pozwala na wyodrębnienie trzech podstawowych etapów:

1) lata 1918-1925 - okres tymczasowy (przejściowy) charakteryzujący się przewyciężaniem skutków chaosu politycznego, społecznego i gospodarczego, władza państwowa koncentruje się przede wszystkim na walce z bezrobociem, nędzą, opiece nad jeńcami i rzeszą bezdomnych dzieci; pojawiają się pierwsze postanowienia z zakresu opieki społecznej zawarte w art. 102 i 103 Konstytucji marcowej; ukoronowaniem tego okresu było uchwalenie przez Sejm w dn. 16 VIII 1923 r. ustawy o opiece społecznej;³²

2) lata 1925-1930 - okres wcielania w życie ustawy z r. 1923, jej realizacji poprzez rozbudowę systemu, stabilizację formalnych zasad opieki i konkretyzację zadań opiekuńczych państwa; wydano m.in. przepisy o Radzie Opieki Społecznej, o opiekunach społecznych i komisjach opieki społecznej, rozgraniczeniu opiekuńczych związków komunalnych;³³

3) lata 1930-1939 - okres przesilenia i zahamowania rozwoju opieki społecznej wskutek kryzysu gospodarczego powodującego spadek budżetu państwowego i samorządu terytorialnego, wzrost ubóstwa i bezrobocia a tym samym wzrost osób potrzebujących pomocy, co z kolei wymagało dokonania zasadniczych reform pracy, poszukiwania nowych form i zasad dostosowanych do zmienionych warunków politycznych, społecznych i ekonomicznych państwa.³⁴

Ten pobieżny rzut oka na proces opieki społecznej w II Rzeczypospolitej pozwala na wyciągnięcie następującego wniosku. Ustawodawca zakreślając tak rozległe ramy działania samorządu w dziedzinie opieki społecznej uzależnił ten rozwój przede wszystkim od rozwoju samorządu terytorialnego. Na barki tegoż samorządu spadł równocześnie (przynajmniej w pierwszym okresie) cały ciężar odbudowy gospodarki krajowej. Budżety związków samorządowych w konsekwencji nie mogły podołać ogromowi zadań opiekuńczych. Dopiero w drugim okresie widoczny był powolny postęp, kiedy wreszcie zaczął ów „samorządny” mechanizm funkcjonować, ciągle jeszcze ze znaczącym poparciem finansowym Ministerstwa Opieki Społecznej, który dodatkowo go nadzorowało, koordynowało i regulowało. W tym okresie dał się zaznaczyć także duży rozwój prywatnej opieki społecznej. Powstawały prywatne w dużej mierze z inicjatywy samego społeczeństwa instytucje opiekuńczo-społeczne, budowano i organizowano rozmaite zakłady opiekuńcze. Przełomowym rokiem w dziedzinie konsolidacji i ujednoczenia ustawodawstwa opiekuńczego był rok sprawozdawczy 1928/29. Jednak przewlekły kryzys gospodarczy w latach trzydziestych spowodował spadek budżetów i w tym czasie nastąpiło gwałtowne zatrzymanie całego mechanizmu. Trudna sytuacja finansowa wywołała charakterystyczne zjawisko stopniowego przesuwania się punktu ciężkości z opieki zakładowej na opiekę pozazakładową, zmniejszania się subwencji na zakłady opiekuńcze. W rezultacie zamykano wiele społecznych i samorządowych zakładów opiekuńczych.³⁵

Wszystkie powyżej opisane etapy rozwoju i sposobu funkcjonowania ustawowego modelu opieki społecznej doskonale obrazują poniższe zestawienia.

Zestawienie sum wydatkowanych przez wybrane samorzady na cele opieki społecznej w roku 1924 (w złotych):

Województwo	Samorząd wojewódzki	Powiatowe związki komunalne	Miasta wydzielone	Miasta niewydzielone i gminy wiejskie	Ogółem
m. Warszawa	-	-	-	-	11.036.448
warszawskie	-	421.600	81.100	102.300	605.000
białostockie	-	271.100	289.000	40.600	600.700
poznańskie	3.083.109	295.900	898.800	509.100	4.786.909
śląskie	-	385.600	1.558.100	940.700	2.884.400
krakowskie	-	6.400	449.500	137.000	592.900

Zestawienie sum wydatkowanych przez wybrane samorzady na cele opieki społecznej w roku 1928/1929:³⁶

Województwo	Samorząd wojewódzki	Powiatowe związki komunalne	Miasta wydzielone	Miasta niewydzielone i gminy wiejskie	Ogółem
m. Warszawa	-	-	-	-	15.483.869
warszawskie	-	1.208.013	1.038.365	2.774.910	5.021.288

Model opieki społecznej w II Rzeczypospolitej.

białostockie	-	657.788	1.298.649	690.960	2.647.397
poznańskie	1.964.046	1.291.097	4.052.470	5.093.687	12.401.300
śląskie	12.826.241	2.539.416	3.418.124	653.469	19.437.250
krakowskie	-	80.739	1.491.701	503.288	2.075.728

Zestawienie wydatków samorządowych na opiekę społeczną w latach 1932/33 - 1935/36 (w tysiącach złotych)³⁷:

	1932/33	1933/34	1934/35	1935/36
Miasta	50.720	44.843	34.448	31.349
Gminy wiejskie	8.288	7.250	5.837	4.780
Powiatowe związki samorządowe	4.816	8.238	7.885	3.030
Wojewódzkie związki samorządowe (bez woj. śląskiego)	1.934	2.446	2.696	2.642

Zestawienie wydatków z budżetu Ministerstwa Opieki Społecznej na opiekę społeczną w latach 1929/30 - 1931/32 i w latach 1934/35 - 1935/36 (w milionach złotych)³⁸:

Wybrane rodzaje wydatków	1929/30	1930/31	1931/32	1934/35	1935/36
Ogółem	36,3	56,5	49,5	33,4	28,5
Opieka nad dziećmi i młodzieżą	9,4	8,7	6,3	4,9	5,7
Niezdolnymi do pracy	1,7	1,4	1,0	0,6	0,6

Inwalidami wojennymi	4,8	5	3,8	3,9	3,8
Ofiarami wojny i wypadków politycznych	1,9	1,5	0,8	1,0	0,4
Poszkodowanymi przez wypadki żywiołowe	4,3	1,6	1,1	0,9	2,5
Bezrobotnymi i ich rodzinami	10,0	33,7	33,4	21,1	14,6

Ustawa o pomocy społecznej z dnia 30 listopada 1990 r. zastąpiła ustawę o opiece społecznej z 16 sierpnia 1923 r.³⁹ W porównaniu do dawnej ustawy jest to akt prawny znacznie obszerniejszy, bo liczący 60 artykułów. Objął on regulacją prawną szereg nowych dziedzin takich jak np. organizację pomocy społecznej łącznie z przepisami o statusie prawnym pracowników socjalnych, udział w pomocy społecznej organizacji społecznych, zasady odpłatności za świadczenia. Z drugiej strony jej zakres podmiotowy i przedmiotowy uległ pewnemu zwężeniu pozostawiając niektóre zadania międzywojennej opieki społecznej do rozwiązania innym działom szeroko pojętego prawa socjalnego (prawa pracy, ubezpieczeniom społecznym, przepisom prawnym dotyczącym zatrudnienia, czy też ochrony prawa do mieszkania). Obowiązek udzielania takiej pomocy spoczywa teraz równomiernie na organach administracji rządowej i samorządowej. W tym systemie nie ma już jednostronnego i prostego uzależnienia jej funkcjonowania od sposobu pracy i kondycji finansowej samorządów. Z samej definicji pomocy społecznej wynika, że jest ona instytucją polityki społecznej państwa. Nowa ustawa przewiduje - co było przecież zupełnie obce ustawie o opiece społecznej - odpłatność za świadczenia.

Konkludując, model opieki społecznej z czasów II Rzeczypospolitej w konfrontacji z rzeczywistością lat 90-tych stał się anachronizmem. Jednakże niekwestionowaną wartością tego modelu było jego prekursorstwo i mimo wszystko stabilność (przynajmniej przez pier-

wsze 20 lat jego funkcjonowania). Nowa ustawa o pomocy społecznej zaledwie po pięciu latach jej obowiązywania uległa już kilku zmianom i nie są wykluczone kolejne, gdyż obecne Ministerstwo Pracy i Polityki Socjalnej przedstawiło dyrektorom Wojewódzkich Zespołów Pomocy Społecznej projekt ustawy o zmianie ustawy o pomocy społecznej z dn. 23 V 1995 r., przyjęty przez Radę Ministrów w dn. 6 VI 1995 r. Tak więc współczesny model opieki społecznej wciąż nie jest jeszcze dostatecznie sprawny i trwały.

PRZYPISY:

1. M. Wąsowski, „Opieka społeczna” czy pomoc społeczna (tradycja i współczesność), „Opiekun społeczny”, 1978 nr 2, s. 2 - 3.
2. H. Szurgacz, Wstęp do prawa pomocy społecznej, Wrocław 1993, s. 30.
3. Dz.U. NR 33, poz. 232; Dz.U. NR 7, poz. 36.
4. H. Szurgacz, op. cit., s. 30.
5. A. Okolski, Wykład prawa administracyjnego oraz prawa administracyjnego w Królestwie Polskim, Warszawa 1882, s. 213.
6. F. Ochimowski, Prawo administracyjne t. II, Warszawa 1922, s. 196.
7. A. Nowakowski, Zarys rozwoju samorządu lokalnego i opieki społecznej w Anglii, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 713, Przegląd Prawa i Administracji XX, Wrocław 1985, s. 53-55.
8. F. Ochimowski, op. cit., s. 221.
9. Art. 21. Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z dn. 24 VI 1793 r. stanowił, iż „Pomoc publiczna jest świętym obowiązkiem. Społeczeństwo winno zapewnić utrzymanie nieszczęśliwym obywatelom, bądź to przez dostarczenie im pracy, bądź też przez zagwarantowanie środków do życia tym, którzy nie są w stanie pracować”. B. Lesiński, J. Walachowicz, Historia ustroju państwa w tekstach źródłowych, Poznań 1992, s. 130.
10. W. Muszalski, Prawo socjalne, Warszawa 1995, s. 155-156.
11. H. Olszewski, „Historia doktryn politycznych i prawnych, Warszawa-Poznań 1976, s. 425.

12. H. Szurgacz, op. cit., s. 50.

13. J. Łopato, „Miłosierdzie i dobroczynność w Polsce”, *Polityka Społeczna* 1982, s. 5; T. Srogosz, „Opieka społeczna u progu Sejmu Czteroletniego”, *Polityka Społeczna* 1989, z. 5-6.

14. J. Starczewski, „Ustawodawstwo o Opiece Społecznej w Polsce”, *Opiekun Społeczny* 1937, nr 4, s. 1-3.

15. W. Muszalski, op. cit., s. 156.

16. J. Starczewski, op. cit., s. 3-5.

17. Sprawozdanie Departamentu Opieki Społecznej rok 1924, „Praca i Opieka Społeczna”, Warszawa 1925, s. 203.

18. Dz.U. RP NR 73, poz. 716: z upoważnienia tego Minister korzystał dwukrotnie rozciągając moc obowiązującą następujących artykułów ustawy: 1, 2 i 3 rozporządzeniem z dn. 7 IV 1931 r. - Dz.U. RP NR 42, poz. 382 oraz 22 rozporządzeniem z dn. 11 XI 1924 r. - Dz.U. RP NR 99 poz. 919.

19. Dz.U. RP NR 92, poz. 726.

20. Rozporządzeniem z 29 VI 1924 r. - Dz.U. RP NR 56, poz. 576 uchylono, art. 13 ustawy, postanawiając, że opiekę sprawować będzie gmina na terenie której osoba niemająca prawa do opieki w żadnej gminie będzie się znajdować i że koszty tej opieki ponosić będzie wojewódzki związek samorządowy. Do czasu wprowadzenia w życie samorządu wojewódzkiego koszty opieki miały ponosić powiatowe związki samorządowe oraz wydzielone z nich miasta.

21. Wyrok NTA z dn. 6 V 1927 r. L. Rej. 1730/25; cyt. za S. Grocholski, E. Cholewnik, *Opieka Społeczna. Zbiór ustaw i rozporządzeń*, Warszawa 1929, s. 16.

22. Art. 11 u.o.s. przewidywał niedopuszczalność odesłania takiego świadczeniobiorcy w następujących przypadkach:

a) jeżeli odesłanie połączone było ze szkodą dla zdrowia lub życia

b) jeżeli gmina do trwałej opieki zobowiązana, oświadczyła gotowość zwrotu wszelkich kosztów połączonych z wykonywaniem opieki.

23. Np. Konwencja z Francją z dn. 14 X 1920 r. - Dz. U. RP NR 48, poz. 329 z r. 1923 oraz układ z dn. 3 XI 1926 r. w sprawie wykonania tej Konwencji - *Monitor Polski* Nr 56, poz. 75 z r. 1928.

24. J. Starczewski, *Ustawodawstwo o opiece społecznej* nr 7, 1937, s. 6-8.

25. Rozporządzeniem z dn. 23.VIII.1932 r. utworzony został Fundusz Pomocy Bezrobotnym, który nie miał charakteru państwowego. Ustawą z 16.III.1933 Fun-

dusz ten został zlikwidowany i utworzono Fundusz Pracy - instytucję państwową - Dz.U. NR 22, poz. 163.

26. Dz.U. RP NR 26, poz. 232, Dz. U. RP NR 39, poz. 386.

27. Dz.U. RP NR 26, poz. 171.

28. Sprawę nadzoru i kontroli nad działalnością instytucji opiekuńczych normowało rozporządzenie Prezydenta RP z 22 IV 1927 r. - Dz.U. RP, ze zmianami wprowadzonymi rozporządzeniem Prezydenta RP z 22 III 1928 r. - Dz.U. RP NR 38, poz. 359 oraz rozporządzenie Prezydenta RP z 25 II 1930 r. - Dz.U. RP NR 23, poz. 210.

29. J. Starczewski, Ustawodawstwo o opiece społecznej w Polsce, *Opiekun Społeczny* nr 10, 1938, s. 1.

30. K. Ogrodzki, Kilka kwestyj prawnych z zakresu opieki społecznej, *Praca i Opieka Społeczna* Nr 3, 1938, s. 298.

31. Dz.U. RP Nr 29, poz. 267.

32. Dz.U. Nr 44, poz. 267 i Nr 52, poz. 334. Art. 102 Konstytucji m.in. stanowił, że Każdy obywatel ma prawo do opieki Państwa nad jego pracą, a w razie braku pracy, choroby, nieszczęśliwego wypadku i niedołęstwa do ubezpieczenia społecznego, które ustali osobna ustawa. Państwo ma obowiązek udąstępnienia także opieki moralnej i pociechy religijnej obywatelom, którymi się bezpośrednio opiekuje w zakładach publicznych, jak zakłady wychowawcze, koszary, szpitale, więzienia, przytułki". Art. 103 Konstytucji m.in. stanowił, że „Dzieci bez dostatecznej opieki rodzicielskiej, zaniedbane pod względem wychowawczym mają prawo do opieki i pomocy Państwa w zakresie oznaczonym ustawą”.

33. Patrz przepisy 26, 27, 31.

34. Konstytucja kwietniowa z r. 1935 (Dz.U. RP, Nr 30, poz. 227) nie zawierała żadnych postanowień z zakresu opieki społecznej.

35. Podstawowe elementy aktualnej polityki opiekuńczej Ministerstwa Opieki Społecznej, *Praca i Opieka Społeczna* Nr 1, 1935, s. 38-40.

36. J. Podbielski, Wydatki samorządów na cele opieki społecznej, „*Praca i Opieka Społeczna*” Nr 2, 1930 s. 171-172.

37. J. Starczewski Ustawodawstwo o opiece społecznej w Polsce, „*Opiekun Społeczny*” Nr 10-11, 1937, s. 16.

38. J. Starczewski Ustawodawstwo o opiece społecznej w Polsce, „*Opiekun Społeczny*” Nr 2, 1938, s. 5.

39. Tekst jednolity Dz.U. RP Nr 13 z 1993 r., poz. 60.

**UZNANIE ADMINISTRACYJNE
W DOKTRYNIE I ORZECZNICTWIE
NAJWYŻSZEGO TRYBUNAŁU ADMINISTRACYJNEGO
W II RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Tematem pracy jest konstrukcja swobodnego uznania administracyjnego w świetle orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego.

Zajmując się tym tematem, autor miał świadomość, że jest to zadanie bardzo trudne, z uwagi na brak kompletnych opracowań orzecznictwa NTA. Istniejące prace zajmują się raczej wąskimi fragmentami judykatury Trybunału. Z drugiej strony, kwestia swobodnego uznania administracyjnego stanowi tak ważne zagadnienie dla państwa praworządne, że zajęcie się nią autor uznał za rzecz usprawiedliwioną.

Praca ta nie aspiruje do pełnego obrazu kwestii swobodnego uznania, chociaż wykorzystane zostały w niej prawie wszystkie publikacje na ten temat. Intencją autora było raczej przedstawienie mechanizmu działania sądu administracyjnego w wypadku zaistnienia swobodnego uznania.

Podstawowe znaczenie dla każdego badacza zajmującego się orzecznictwem NTA mają Zbiory Wyroków NTA, publikowane od roku 1924 do 1939. Zawierają one tylko fragment orzecznictwa Trybunału, gdyż są to jedynie wyroki wybrane do druku przez komisję redakcyjną. Zawarty w tych Zbiorach materiał orzeczniczy wydaje się być jednak wystarczająco reprezentatywny.

Z innych opracowań orzecznictwa NTA zwracają uwagę prace W. Bindera¹, M. Baumgarta i H. Habla² oraz praca J. Grzymały - Porzywnickiego.³

Cechą wspólną wymienionych publikacji jest to, że powstały one przed 1939 rokiem, co ilustruje doskonale potrzebę powstania nowej monografii o NTA. Jedynym bowiem opracowaniem o takim charakterze jest praca T. Hilarowicza.⁴ Nie obejmuje ona jednak podstawowej części orzecznictwa Trybunału, skoro powstała ona po niepełna dwóch latach działalności NTA.

Najważniejszą z kolei pracą zajmującą się konstrukcją swobodnego uznania w Polsce międzywojennej jest publikacja J. Starościka.⁵ Publikacja ta uwzględnia w dużej części dorobek orzecznicy NTA.

Podobne spojrzenie na orzecznictwo NTA w zakresie swobodnego uznania prezentuje H. Izdebski,⁶ zwracając uwagę na nawiązywanie przez NSA, utworzony w 1980 roku, do orzecznictwa przedwojennego sądu administracyjnego.

Zagadnienie stosowania swobodnego uznania przez organy administracji, oraz kwestia kontroli swobodnego uznania sprawowanej przez sądy administracyjne stanowi bezspornie jeden z najważniejszych czynników pozwalających ocenić dane państwo jako praworządne. W sytuacji gdy ciągle pozostaje otwarte pytanie o stan praworządności w II RP, praca niniejsza powinna częściowo odpowiedź tę ułatwić.

* * *

Zagadnieniem wstępnym, odnoszącym się do kontroli swobodnego uznania przez sądy administracyjne, jest kwestia motywowania decyzji opartych na swobodnym uznaniu.

Jest to zagadnienie o wielkiej wadze, gdyż w przypadku braku motywów w decyzji wszelka kontrola takich aktów byłaby iluzoryczną. W tej sytuacji kapitalne wręcz znaczenie ma przepis art. 75 ust. 3 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dn. 22 III 1928 r. o

postępowaniu administracyjnym:⁷ „Jeżeli decyzja jest pozostawioną całkowicie swobodnej ocenie władzy, wystarczy powołać się na podstawę prawną, w innych wypadkach swobodnej oceny wystarczy to jedynie wówczas, kiedy ważny interes publiczny przemawia przeciwko bliższemu uzasadnieniu”.

Cytowany przepis ma dla nas podstawowe znaczenie. Jest to bowiem jedyna w przedwojennym polskim prawie administracyjnym norma, która wspomina o istnieniu różnych rodzajów swobodnego uznania, dzieląc je na „całkowite” oraz na „inne wypadki” i zarazem przypisuje temu podziałowi bardzo daleko idące konsekwencje dla kontroli decyzji opartych na swobodnym uznaniu.

Zanim więc przejdziemy do problemu uzasadniania decyzji, należy zająć się wcześniej rodzajami swobodnego uznania.

Niemiecka nauka i praktyka prawa administracyjnego dzieliła, pod kątem widzenia swobodnego uznania, działalność władzy administracyjnej na:

- 1) działanie ustawowo skrepowane,
- 2) działanie na zasadzie uznania związanego, ograniczonego i
- 3) działanie na zasadzie uznania swobodnego.

Według tego podziału działanie na podstawie uznania ograniczonego (gebundenes Ermessen) dopuszcza pracę twórczą organu administracji w kierunku bądź wykładni normy prawnej, bądź oceny wyników ustalenia stanu faktycznego, pod normą popadającego, bądź też w jednym i drugim kierunku. Z kolei działań na zasadzie swobodnego uznania (freies Ermessen) dokonują organy administracji na podstawie upoważnienia wyraźnego lub domniemanego zawartego w ustawie do stanowienia aktu administracyjnego wedle swego mniemania w tym kierunku, jaki w danym wypadku i zakresie wymaga interes publiczny państwa.⁸

W Polsce ciekawą klasyfikację zaproponował J. Starościak. Wy różnił on swobodne uznanie całkowite, uznanie swobodne faktycz-

nie, zaliczając do tej grupy m.in. wszelkie przypadki interpretacji przez władzę pojęcia interesu publicznego, oraz swobodną ocenę (uznanie techniczne), przy czym ta ostatnia grupa nie była już swobodnym uznaniem w myśl podawanej przez niego definicji. Autor obrazowo określił uznanie całkowite jako te, które daje administracji swobodę w zakresie: czy zrobić, co zrobić i jak zrobić, natomiast uznanie faktycznie swobodne to takie, które daje swobodę w zakresie: 1) co zrobić i czy zrobić? 2) czy zrobić i jak zrobić? 3) Co zrobić i jak zrobić.⁹ Zaznaczmy, że ta klasyfikacja nie pokrywa się z ustaleniami doktryny niemieckiej i austriackiej.

Nie są to oczywiście jedyne próby klasyfikacji. Dla potrzeb niniejszej pracy trafnym wydaje się zaproponowanie, w oparciu o materiał normatywny i orzecznictwo NTA, następującej klasyfikacji:

1) swobodne uznanie całkowite (Czy zrobić, co zrobić i jak zrobić),

2) swobodne uznanie ograniczone - przy czym „ograniczenie” polegać tu będzie na umieszczeniu w normie prawnej, przyznającej władzy upoważnienie do działania na zasadzie swobodnego uznania, pewnych przepisów, które to uznanie swobodne, w ściśle określonym zakresie wyłączają. Niewykorzystanie możliwości działania według swobodnego uznania skutkuje zastosowaniem innych przepisów w ramach tej normy. Sytuację taką najlepiej zilustruje przykład. Według art. 10 rozporządzenia z dnia 7 VI 1927 Prezydenta Rzeczypospolitej o prawie przemysłowym (Dz.U. nr 53, poz. 46) „z uwagi na interes publiczny lub bezpieczeństwo Państwa można odmówić udzielenia koncesji na przemysły wymienione w art. 8, po zasięgnięciu opinii właściwej izby przemysłowo-handlowej”. Według art. 11 tegoż rozporządzenia „jeżeli nie zachodzą żadne przeszkody ustawowe co do osoby, przemysłu, siedziby, względnie przeszkody uzasadniające zastosowanie art. 10, właściwa władza przemysłowa udzieli koncesji na prowadzenie przemysłu”. Z tych przepisów wynika, że skoro nie zachodzą przeszkody wymienione w art. 10 i 11, organ nie jest władny odmówić koncesji. Swobodne uznanie dotyczy jedynie ustalenia, czy interes publiczny i bezpieczeństwo państwa nie są przeszkodą do udzielenia koncesji,

3) swobodna ocena (ocena techniczna, interpretacja pojęć użytych w ustawie). W przypadku tej grupy istnieje duża wątpliwość, czy jest to swobodne uznanie. Jak podkreślono już w tej pracy, problem ten nie został przez doktrynę przedwojenną rozwiązany.

Ad. 1) Uznanie całkowicie swobodne, jako jedyne wyróżnione z nazwy w rozporządzeniu o postępowaniu administracyjnym, zostało chyba najdokładniej opracowane przez literaturę i orzecznictwo. Jako przykład tej grupy swobodnego uznania w polskim prawie materialnym służyć może rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dn. 27 III 1927 o monopolu spirytusowym (Dz.U. nr 32, poz. 289). Według art. 78 tegoż rozporządzenia „zezwoenie na sprzedaż detaliczną i hurtową napojów alkoholowych wydaje władza skarbowa II instancji oznaczonej osobie i na ściśle oznaczone miejsce sprzedaży na czas nieograniczony, lecz z prawem odwołania zezwolenia bez żadnego odszkodowania Według art. 79 „nie mogą utrzymywać zakładów detalicznej sprzedaży alkoholu, ani prowadzić ich jako zastępcy: a) osoby skazane (...)”. Z tych przepisów wynika, że nawet w braku przeszkód ustawowych, organ administracyjny mógł udzielić koncesji lub nie, odwołać koncesję lub nie (działać w pewnym kierunku lub nie). Jest to wręcz klasyczny przypadek całkowicie swobodnego uznania. Stanowisko takie zajął również NTA, który w roku z dn. 7 IV 1930, l. rej. 2739/28¹⁰ (sprawy koncesji na wyszynk i sprzedaż wyrobów alkoholowych były wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Trybunału) stwierdził, że „postanowienia art. 79 i 78 cyt. rozporządzenia nadają władzy prawo swobodnego uznania nie tylko przy nadawaniu, ale także przy odwoływaniu koncesji”.

Z przepisów tych, ani tym bardziej ze znaczenia słowa „całkowite” bynajmniej wynika, że organ administracji nie był niczym skrupowany w przypadku działania na zasadzie uznania całkowicie swobodnego. Bardzo jednoznaczne stanowisko zajmowała w tej kwestii doktryna. G. Jellinek pisał: „Działające według swobodnego uznania władze administracyjne, nie są to osoby prywatne, które mogą działać według swobodnego upodobania, kierując się nieograniczoną samowolą, albowiem najswobodniejsze uznanie jest uznaniem zgod-

nym z obowiązkiem”.¹¹ Taki sam pogląd zajął w tej kwestii B. Wasutyński, dodając, że nigdy nie występuje nieograniczona władza dyskrecjonalna, gdyż przynajmniej muszą być zachowane przepisy o kompetencji władz i konstatował, że najważniejszą rzeczą jest oznaczenie granic swobodnego uznania.¹²

Orzecznictwo NTA w materii uznania całkowicie swobodnego przyjęło postawę jasną i nie budzącą, poza jednym problemem, żądanych kontrowersji. Wydaje się, że zasadnicze znaczenie mają tutaj wyroki z 11 V 1933 r. I. rej. 7009/30¹³ oraz z 13 XII 1935 r. I. rej. 9882/33,¹⁴ w których Trybunał wyjaśnia, jakie kryteria posłużyły mu do rozstrzygnięcia - w danych wypadkach pozytywnie, czy władza decydowała sprawy na podstawie całkowitego swobodnego uznania i czy w związku z tym miała prawo niemotywowania swoich decyzji. NTA uznał, że skoro ani odnośna ustawa, ani oparte na niej rozporządzenie nie zawierają przepisu, który stanowiłby wytyczną dla władzy i określał, czy i kiedy należy uwzględnić prośbę strony, to uznać należy, że decyzja w odnośnej kwestii pozostawiona jest całkowicie swobodnemu uznaniu władzy.

Jedynym zagadnieniem, które budziło spory w doktrynie i w sprawie którego zajmował on niejednolite stanowisko, to problem, do jakiej grupy swobodnego uznania zaliczyć sprawy, w których organ administracji wydaje decyzje z powołaniem się na interes publiczny. Przypomnijmy, że w doktrynie istniały nawet wątpliwości co do tego, czy wydawanie decyzji w oparciu o interes publiczny jest w ogóle swobodnym uznaniem.

Pozytywnie na to pytanie odpowiadał G. Jellinek odrzucając jednocześnie istnienie swobodnego uznania przy interpretowaniu innych pojęć niedookreślonych. Generalnie można stwierdzić, że przeważał pogląd Jellinka, gdyż nawet ci autorzy, którzy stanowczo sprzeciwiali się istnieniu swobodnego uznania w przypadku zwrotów niedookreślonych, uważając je za nadające się do interpretacji, w sprawie interesu publicznego zajmowali stanowisko powściągliwe.¹⁵

Wydaje się, że powód takiego stanowiska jest jeden, mianowicie ten, o którym pisaliśmy wyżej, referując stanowisko G. Jellinka. Każda bowiem działalność władzy administracyjnej musi być prowadzona w oparciu o interes publiczny, gdyż do tylko takiej działalności administracja jest powołana. W rzeczywistości więc upoważnienie władzy do działania w imię interesu publicznego daje jej prawo do decydowania według własnego uznania. Jest to jakby tworzenie związania przez swobodne uznanie.

Natomiast kwestia, czy swoboda uznania w wypadku działania na podstawie ustawowego upoważnienia do rozstrzygnięcia sprawy według interesu publicznego, jest uznaniem całkowicie swobodnym, czy ograniczonym, nie doczekała się jednoznacznego wyjaśnienia.

Również NTA zajmował w tej kwestii różniące się między sobą stanowiska. W wyroku z 9 III 1934 r., l. rej. 9467/32¹⁶ starał się rozstrzygnąć kwestię, czy jeśli ustawa uprawnia władzę do odmownego załatwienia prośby petenta ze względów bezpieczeństwa i spokoju publicznego - sprawę można uważać za będącą z zakresu całkowitego swobodnego uznania. W kwestii tej Trybunał wypowiedział się pozytywnie, albowiem uznał w danym razie prawo władzy do ograniczenia motywów decyzji do powołania się na podstawę prawną, gdyż „jak to z natury rzeczy wynika, ocena kwestii publicznego bezpieczeństwa i porządku podlega swobodnemu uznaniu władzy”.

Wcześniej judykatura NTA stała na stanowisku, że w podobnych wypadkach zachodzi moment oceny na zasadzie uznania ograniczonego.¹⁷ Taki wniosek daje się wyprowadzić na przykład z wyroku z dn. 19 I 1931 r., l. rej. 43/29,¹⁸ w którym NTA starał się dać interpretację pojęcia interesu publicznego w omawianej sprawie. Również w latach późniejszych problem ten był rozstrzygany przez Trybunał inaczej. W wyroku z 22 V 1936 r. l. rej. 4880/34¹⁹ NTA wypowiedział się stanowczo przeciw interpretowaniu interesu publicznego z art. 10 prawa przemysłowego jako całkowitego swobodnego uznania. Wydaje się więc, biorąc pod uwagę niejednolite stanowisko NTA w tej sprawie, że kwestia, z jakim rodzajem swobodnego uznania w wypadku interesu publicznego, czy pojęć zbliżonych, mamy do czy-

nienia, zależy od konstrukcji konkretnej normy prawnej. Jeżeli interes publiczny będzie jedyną wskazówką, jak ma postąpić władza, wówczas zachodzi przypadek uznania całkowicie swobodnego; gdy zaś będzie on jedną z wielu - uznania swobodnego ograniczonego.

Ad. 3) Jako trzecią grupę wymieniliśmy w naszej klasyfikacji swobodną ocenę lub ocenę techniczną. W grupie tej mieści się również interpretacja nieostrych pojęć ustawowych, innych niż interes publiczny i jemu podobne.

Jak już wcześniej zaznaczono, doktryna nie uważała takich sytuacji jako stwarzających upoważnienie do działania na zasadzie swobodnego uznania.²⁰

Niepodobna zaprzeczyć, że mamy w tej grupie sytuację zbliżoną do swobodnego uznania. Gdy np. organ administracji, w celu wydania określonej decyzji, dokonuje oceny stanu faktycznego, to niewątpliwie organ ten ma duży margines swobody, które fakty uznać za mające większe znaczenie i które z nich upoważniają go do wydania decyzji określonej treści. Jest to jednak ocena faktów, swoboda oceny wyników postępowania wyjaśniającego, techniczne wartościowanie siły faktów i środków; swoboda ta jednak nie dotyczy przedsiębranego działania. Ten typ swobonej oceny faktów zbliża się do tak zwanej oceny sądowej.

Nie inaczej rzecz się ma z tzw. pojęciami niedookreślonymi. Pojęcia te, mimo, że są nieostre, zawierają w sobie określoną treść obiektywną i przy interpretacji ich możliwe jest tylko jedno trafne rozwiązanie. Dlatego też organ administracji może ustalić, co znaczy w ustawie zwrot „ubogi” lub „fabryka”. Jeżeli w prawie wodnym z 19 IX 1922 r. (Dz.U. z 1928 r., nr 62, poz. 574) jest mowa, że na zmianę istotną istniejących budowli wodnych wymagane jest pozwolenie władzy (art. 24) lub że w koncesji wodnej może być nałożony warunek założenia i utrzymania urządzeń, które okolice „o pięknym krajobrazie” mogłyby uchronić od zeszpecenia (art. 47), to jest to pole dla interpretacji tych zwrotów przez organ administracji. Interpre-

tacja ta nigdy nie będzie swobodnym uznaniem, lecz stosowaniem prawa.

Dla celów tej pracy najważniejsze znaczenie ma kwestia, jakie stanowisko zajmował w tych sprawach NTA.

1) W uzasadnieniu wyroku z dn. 4 III 1925 r. I. rej. 650/24²¹ Trybunał stwierdzał, że „rozpoznanie kwestii, czy kara porządkowa z art. 97 ustawy z dn. 14 V 1923 (Dz.U. nr 58, poz. 412) o podatku przemysłowym, orzeczona w prawidłowym trybie, jest odpowiednia co do wysokości, jest pozostawiona swobodnej ocenie władzy”.

2) „Ocena merytoryczna dokonana przez władzę administracyjną co do kwestii, czy kolej przeznaczona do przewożenia piasku, potrzebnego dla zabezpieczenia powierzchni, zagrożonej przez wyrobisko kopalnicze, ma charakter urządzenia użyteczności publicznej w rozumieniu dekretu z dn. 7 II 1919 r. (Dz. PPP nr 14, poz. 162) podlega kontroli NTA w kierunku legalności, natomiast nie podlega tej kontroli, czy ocena ta jest trafna” - wyrok z dn. 28 IX 1928 r. I. rej. 2334/26.²²

3) „Przy orzekaniu o wznowieniu postępowania administracyjnego ocena, czy wyszły na jaw nowe okoliczności faktyczne dla sprawy istotne należy do władzy administracyjnej i podlega kontroli Trybunału w kierunku legalności” - wyrok z dn. 5 II 1924 , I. rej. 611/23²³.

4) Kwestia czy względy pedagogiczne z art. 6 ust. 4 ustawy z dn. 11 III 1932 o szkołach prywatnych (Dz. URP nr 33 poz. 343) uzasadniają niedopuszczenie nauczyciela do nauczania, pozostawiona jest swobodnej ocenie władzy - wyrok z dn. 7 V 1936, I. rej. 11114/32.²⁴

5) „W kwestii, czy przy konkubinacie zachodzi publiczne zgrzeszenie, uzasadniające wkroczenie władzy policyjnej na podstawie pruskiego Ogólnego Prawa Krajowego, miarodajna jest opinia publiczna na danym terytorium, a do ustalenia tej opinii - jak z natury rzeczy wynika - powołana jest miejscowa władza administracji ogólnej” - wyrok z dn. 18 X 1929, I. rej. 2927/27.²⁵

Podane przykłady ilustrują wyraźnie, że NTA odróżniał pojęcie swobodnego uznania od oceny technicznej i zwrotów niedookreślonych.

Uznać to należy za wielkie osiągnięcie Trybunału, który tak doniosłą kwestię, mającą określone dalsze konsekwencje, rozwiązywał w sposób tak stanowczy.²⁶

Jak już wspomnieliśmy, art. 75 ust. 3 rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym przywiązywał daleko idące konsekwencje dla różnych rodzajów swobodnego uznania. Jest przy tym rzeczą zastanawiającą, że ustawodawca używał terminologii „swobodna ocena całkowita” oraz „inne wypadki swobodnej oceny”. Wydaje się, że takie stanowisko jest refleksem poglądów starszej doktryny, która pojęcia „swobodne uznanie” i „swobodna ocena” używała zamiennie.²⁷

Zaznaczyliśmy też wyżej, że tę terminologię poprawił w swoich wyrokach NTA, wyraźnie rozgraniczając swobodne uznanie od swobodnej oceny.

Z całkowitym swobodnym uznaniem wiązał wspomniany art. 75 ust. 3 uprawnienie władzy do niemotywowania decyzji nawet odmownych. Jednak nawet w takich przypadkach organ administracji zobowiązany był do podania podstawy prawnej swojej decyzji. Zauważmy, że przepis ten szedł bardzo daleko, gdyż poważnie ograniczał zdolność sądu administracyjnego do kontroli takich aktów. Zwłaszcza, jeżeli kontrola ta miała być skuteczna, to musiała dotyczyć całości zagadnień prawnych, związanych z zastosowaniem przepisów o swobodnym uznaniu, a więc: interpretacji logiczności rozumowania, właściwego rozumienia pojęć ustawowych itd. W przeciwnym razie w systemie kontroli swobodnego uznania powstałyby tak duże luki, że wszelka kontrola pozbawiona byłaby jakiegokolwiek znaczenia. Stąd sprawa motywowania decyzji opartych na swobodnym uznaniu stała się tak ważnym przyczynkiem do zbudowania kontroli takich aktów. NTA, związany przecież przepisem art. 75 ust. 3 doceniając wagę tego zagadnienia, wypowiedział w wyroku z dn. 6 IV 1934 r. I. rej. 10564/31²⁸ bardzo ważną zasadę, że jeżeli władza

korzystając z uprawnień, przewidzianych w art. 75 ust. 3 uważa za celowe nieuzasadnianie swojej decyzji i ograniczenie do powołania się na podstawę prawną rozstrzygnięcia, to jednak i w tych wypadkach akta sprawy przedkładane Trybunałowi winny zawierać materiał, który wskazywałby, jakimi względami na interes publiczny kierowała się władza, wydając nieprzychylną dla skarżącego decyzję. NTA powołał się przy tym na wcześniejsze wyroki z dn. 19 I 1931, l. rej. 4379/29²⁹ oraz z dn. 19 X 1928, l. rej. 4718/2630 i z 3 X 1932 r. l. rej. 5057/.³⁰

W ten sposób Trybunał starał się zapobiec zbyt szerokiemu wykorzystaniu tego przepisu. Ponadto, uzasadnienie wyroku cytowanego w przypisie 29 zawierało pogląd, że przepis art. 75 ust. 3 nie wyłącza sam przez się kompetencji Trybunału w tego rodzaju sprawach, przeciwnie - z obowiązku władzy do podania podstawy prawnej podobnych decyzji wyroku dla NTA prawo kontroli „czy właściwy przepis prawa został w konkretnym wypadku zastosowany”.

Z drugiej strony pamiętać należy, że na gruncie rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym regułą było niemotywowanie decyzji należących do całkowicie swobodnego uznania władzy. Trybunał wielokrotnie zajmował takie stanowisko. W wyroku z 7 IV 1930, l. rej. 2739/28³¹ NTA np. uznał, że brak podania do wiadomości strony motywów uzasadniających stanowisko władzy nie stanowi wadliwości postępowania. Natomiast uzasadnienie wyroku z 21 V 1931 r. l. rej. 2997/29³² wyraźnie stwierdzało, że przy całkowitym swobodnym uznaniu władza nie ma w ogóle potrzeby motywowania swego orzeczenia, wobec czego z braku uzasadnienia strona nie może wyciągać żadnych wniosków (np. że II instancja milcząco przyjęła motywy I instancji).

Nieco inaczej rzecz się miała w razie „innych wypadków swobodnej oceny”. W takiej sytuacji rozporządzenie o postępowaniu administracyjnym zasadniczo nakazywało motywować władzy swoje decyzje i zwalniało ją od tego obowiązku jedynie wtedy, gdy przeciwko uzasadnieniu przemawiał „ważny interes państwowy”.

Przepis ten wywołuje wiele niejasności. Załóżmy, że może się tak zdarzyć, iż organ administracji wydał daną decyzję z powołaniem się na względy interesu publicznego (oczywiście w wypadku uznania swobodnego ograniczonego) i odmówił uzasadnienia tej decyzji zasłaniając się „ważnym interesem państwowym”. Stanie więc tak, że w jednej decyzji będziemy mieli dwa wypadki interesu publicznego - jeden z prawa materialnego, drugi z prawa formalnego. Wydaje się, że w takiej sytuacji kontrola Trybunału okazać się mogła bardzo utrudnioną, lub wręcz niemożliwą, gdyż praktycznie wyjątek od zasady staje się tą zasadą - obowiązek motywowania przekształca się w ten sposób w rozległe prawo niemotywowania decyzji. Niewątpliwie, gdyby w tym kierunku poszła praktyka administracyjna, tworzyłaby się pewna sytuacja patologiczna. Tendencji tej starał się przeciwdziałać, w ramach swoich środków, Najwyższy Trybunał Administracyjny. W cytowanym już wcześniej wyroku nt. art. 10 w prawie przemysłowym Trybunał kontrolował nie tylko prawidłowość postępowania przy ustalaniu ważnego interesu państwowego, ale na podstawie akt sprawy doszedł do wniosku, że stan faktyczny nie daje podstaw do twierdzenia, by przeciw przytoczeniu motywów decyzji w zaskarżonym orzeczeniu przemawiał ważny interes państwowy, a wobec tego w myśl art. 75 ust. 3 pozwana władza nie była zwolniona od obowiązku faktycznego uzasadnienia rozstrzygnięcia. Spowodowało to uchylene zaskarżonego orzeczenia.³³

Innym motywem kontrolnym takich spraw wydaje się być, tak jak w przypadku uznania całkowicie swobodnego, żądanie sądu, by akta sprawy przedłożone NTA zawierały materiał, który wskazywałby, jaki interes państwowy przemawiał przeciwko uzasadnieniu decyzji i jakimi względami na interes publiczny kierowała się władza, wydając niepomyślną dla strony decyzję.³⁴

Jest rzeczą charakterystyczną, że przed wejściem w życie rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym (tj. przed 1 VII 1928) NTA uważał, iż władze administracyjne w wypadkach uznania ograniczonego powinny motywować swoje decyzje - np. wyrok z 26 VI 1928 r. I. rej. 4810/26.³⁵ Co więcej, nawet w niektórych kategoriach

spraw, należących do całkowicie swobodnego uznania władzy, np. w sprawie przewłaszczenia nieruchomości miejskich w byłej dzielnicy pruskiej (Dziennik Urzędowy Ministerstwa b. dzielnicy pruskiej, 1921, poz. 149), NTA uznawał obowiązek władzy orzekającej motywowania decyzji odmownych „z uwagi na kontrolę Trybunału, czy władza nie przekroczyła granic swobodnego uznania i na przysługujące stronie prawo odwołania się do wyższej instancji”. Niemotywowane decyzje były stale przez NTA uchylane - np. wyrok z 15 I 1925 l. rej. 851/23.³⁶ Generalnie więc można stwierdzić, że w świetle wcześniejszej praktyki administracyjnej i judykatury NTA przepis art. 75 ust. 3 stanowił uszczuplenie praw strony w postępowaniu administracyjnym. Ta sytuacja była przedmiotem krytyki doktryny, która słusznie podkreślała, że powstałe na tych samych podstawach austriackie prawo o postępowaniu administracyjnym z 1925 r. i jugosłowiański „Zakon o obszczem uprawnem postupku” z 1930 r. nie zawierały takiego przepisu³⁷. Co ciekawe, problem motywowania decyzji administracyjnych opartych na swobodnym uznaniu wywołał bardzo żywą dyskusję na konferencji międzynarodowej w Wiedniu w 1933 r. Zwracano tam uwagę, że w nowej sytuacji anachronicznym jest już stanowisko reprezentowane w 1910 r. przez R. Launa, który opowiedział się przeciwko uzasadnianiu takich decyzji, celem uniknięcia podawania przez władze motywów fałszywych lub zbyt ogólnikowych. Większość obecnych na konferencji opowiedziała się za obowiązkiem motywowania decyzji w sprawie swobodnego uznania, nazywając to koniecznym postulatem państwa prawnego. Takie samo stanowisko zajął w referacie nadesłanym na konferencję W. Czapiński, naczelnik wydziału w polskim MSW, podkreślając, że „czas zerwać z pojęciami mandarynatu administracyjnego”.³⁸ Tej tendencji zawdzięczać należy okólnik Ministra Spraw Wewnętrznych W. Raczkiewicza nr 10 z dn. 17 II 1936 r. (Dz U MSW, nr 5, poz 22).³⁹

Zawarte w tym akcie treści zasadniczo zmieniały praktykę administracyjną i znacznie ułatwiały Trybunałowi wykonywanie uprawnień kontrolnych decyzji opartych na swobodnym uznaniu administracyjnym. Dlatego znaczenia tego okólnika nie sposób przecenić.

Kończąc rozważania na temat motywowania decyzji opartych na swobodnym uznaniu, należy zwrócić uwagę na jeszcze jedno zagadnienie. Otóż art. 75 ust. 3, nawet w wypadku uznania całkowicie swobodnego, dawał władzy jedynie uprawnienie do niemotywowania swoich decyzji, nie konstruując takiego obowiązku. Dlatego zdarzało się, że nawet w wypadkach całkowitego swobodnego uznania, organy administracji uzasadniały swoją decyzję. Bardzo interesujące są zapatrywania NTA na ten temat.

1. W wyroku z dn. 25 V 1928 r., l. rej. 2286/26⁴⁰ Trybunał wyraził pogląd, że „gdy władza w sprawie jej całkowicie swobodnego uznania uzasadnia swą decyzję, to motywy jej podlegają ocenie NTA co do niewykroczenia poza granice swobodnego uznania (prawidłowość ustaleń faktycznych i zgodność wniosków z tymi ustaleniami i z prawem)

2. W wyroku z dn. 9 III 1928 r., l. rej. 2859/26⁴¹ czytamy: „jeżeli w pewnym wypadku władza odmówiła zatwierdzenia zmian statutu nie z powołaniem się na swe swobodne uznanie, lecz na podstawie konkretnych okoliczności faktycznych i zapatrywań prawnych, to legalność tych motywów nie usuwa się spod kontroli NTA”.

3. Podobne zapatrywanie wynika z wyroku z dn. 18 VI 1930, l. rej. 570/28⁴² który stwierdza, że gdy władza przy odmowie wkroczenia w drodze nadzoru nie ogranicza się do powołania na swobodne uznanie, lecz podaje jako powód tej odmowy pewne zapatrywanie prawne, to legalność tego rodzaju umotywowania orzeczenia podlega kontroli NTA.

Zauważmy, że cytowane wyżej wyroki pochodzą już z okresu, kiedy można mówić o pewnej stabilności orzecznictwa. W tym kontekście nie powinien dziwić wyrok z dn. 28 IV 1925 r., l. rej. 261/29⁴³ w którym NTA odmówił badania umotywowania decyzji należących do całkowicie swobodnego uznania okolicznościami faktycznymi lub względami celowości.

Równie ważną sprawą jest postulat jasności tak samych decyzji, jak i jasności motywacji. Z tych też względów wyrok NTA z 29 XII

1936., l. rej. 9888/34 (cytowany już w tej pracy)⁴⁴ ustalił zasadę, że „orzeczenie w swej osnowie niezrozumiałe należy uznać za nienależycie uzasadnione, co stanowi naruszenie form postępowania administracyjnego”.

* * *

Polskie prawo o Najwyższym Trybunale Administracyjnym, obok generalnego postanowienia, że sąd ten powołany jest do orzekania o legalności aktów administracyjnych, wyłączało spod jego właściwości sprawy z zakresu swobodnego uznania, w granicach temu uznaniu pozostawionych.⁴⁵ W literaturze prawniczej jako komentarz do tak określonej kompetencji Trybunału, pojawił się pogląd kwestionujący potrzebę umieszczenia w tekście ustawy takiego przepisu, jako zbędnego w świetle art. 1 mówiącego tylko o kontroli legalności aktów administracyjnych. Podkreślano, że skoro właściwość sądu ograniczono do orzekania o legalności, to treść tego przepisu wyłączała możliwość orzekania w sprawie swobodnego uznania.⁴⁶ Dla wyjaśnienia sensu art. 3 pkt b wydaje się celowe przytoczenie fragmentu motywów do rządowego projektu ustawy o NTA: „Postanowienie art. 3 pkt b można by uważać na pierwszy rzut oka jako powtórzenie art. 1; można by argumentować, skoro wedle art. 1 sądownictwo administracyjne ma rozstrzygać tylko o legalności, nie zaś także o celowości orzeczeń administracyjnych, to zbędne są postanowienia osobne, które mają jeszcze wyraźnie wykluczać sprawy, należące do swobodnego uznania władz administracyjnych. Miano tu jednak na oku ten wzgląd, że art. 3, zajmujący się wymiennie spraw, nie należących do zakresu działania sądownictwa administracyjnego, ale też nie mieszczących się w żadnym innym postanowieniu projektu, winien dla uniknięcia niejasności wymienić takie sprawy inne, choćby pod inne artykuły podporządkować się dające, by w ten sposób wyczerpać wszystko, co wedle zamiaru ustawodawcy ma być wyjęte z zakresu działania sądownictwa administracyjnego”.⁴⁷ Co ciekawsze, zwolenników znalazł też nieco inny pogląd. S. Baudouin de Courtenay dowodził, że istnienie przepisu art. 3 pkt b.

jest zbędne dlatego, że sprawy swobodnego uznania jak najbardziej mogą być rozpatrywane przez Trybunał pod względem legalności.⁴⁸

Z tych powodów kapitalnego znaczenia nabiera treść art. 3 pkt b. mówiącego o granicach swobodnego uznania, gdyż ze stylizacji tego przepisu wynika, że jakkolwiek sprawy swobodnego uznania wyłączono spod kontroli NTA, to Trybunał był władny badać, czy nie przekroczono granic swobodnego uznania.

Za twórcę nauki o granicach swobodnego uznania uważa się wybitnego prawnika austriackiego Rudolfa v. Launa. Stworzone przez niego podstawy zostały potem zaakceptowane przez doktrynę i orzecznictwo. Rozróżniał on granice zewnętrzne (normy prawne określające właściwość, tryb postępowania oraz zasady przy ustalaniu stanu faktycznego), i granice wewnętrzne (nie mające odbicia w prawie, a wyprowadzane z istoty swobodnego uznania). Laun dopatrywał się jednak (a przejawiało się to w częstym odwoływaniu się do „istoty rzeczy”) istnienia prawnych granic swobodnego uznania wywodzących się z pozytywnego prawa natury. Ta część poglądów R. Launa spotykała się z krytyką i ulegała w toku rozwoju instytucji swobodnego uznania poważnej korekcie. Zasadniczy jednak zrąb poglądów Launa - podział na granice zewnętrzne i wewnętrzne - przetrwał próbę czasu. Z drugiej strony, kwestia granic swobodnego uznania była przedmiotem dużych rozbieżności w literaturze. Dyskusja ta rozwijała się, o czym należy pamiętać, tylko w krajach niemieckojęzycznych oraz w tych państwach które po I wojnie światowej korzystały z prawniczego dorobku Niemiec i Austro-Węgier, a więc Polski, Czechosłowacji, Węgier i Jugosławii.

System francuski i anglosaski rozwiązały bowiem sprawę kontroli swobodnego uznania według swoistych, rodzimych tradycji.

Rozbieżności w doktrynie dotyczyły przede wszystkim kwestii klasyfikacji granic oraz tego, które z nich są kategoriami mającymi odbicie w prawie pozytywnym.

Zauważyć przy tym trzeba, że cała doktryna była zgodna co do prawnego charakteru tych granic zewnętrznych, które dotyczą kwestii

kompetencji, naruszenia form postępowania oraz nieprawidłowości przy ustalaniu stanu faktycznego. Najwięcej sporów budziło znaczenie istnienia granic wewnętrznych dla problemu kontroli swobodnego uznania, gdyż starano się nadać wielu kwestiom nie dającym się zaliczyć do „szranek” prawnych właśnie znaczenie prawne, wiążące organ przy wydawaniu decyzji na zasadzie swobodnego uznania.

Bardzo obszerny katalog takich granic, a właściwie „ograniczeń faktycznych” swobodnego uznania przedstawił T. Hilarowicz. Zaliczał do nich zazwyczaj w administracji, precedens, opinię publiczną, względy międzynarodowe, obietnice publiczno-prawne, teorię prawniczą oraz opinię urzędową czynników doradczych.⁴⁹

Konsekwentne stanowisko zajmował natomiast J. Starościak. Wyróżniał on granice zewnętrzne, przez które rozumiał „zespół okoliczności faktycznych lub przepisów prawnych, które powodują, że władza administracyjna, działając na zasadzie swobodnego uznania, działa legalnie i że działanie to nie jest czynnością dowolną władzy administracyjnej”⁵⁰ i do których zaliczał granice normatywne i podstawy faktyczne decyzji oraz tzw. granice wewnętrzne swobodnego uznania, mające swe źródło w poczuciu moralności i etyki władzy administracyjnej; a także granice wewnętrzno-polityczne, wytworzone przez czynniki polityczne, stojące poza administracją. Konsekwencja stanowiska J. Starościaka polegała na tym, iż był on zdania, że z punktu widzenia prawnego dadzą się rozpatrywać tylko granice zewnętrzne - tj. podstawy normatywne i faktyczne decyzji. Natomiast nie mają takiego charakteru granice wewnętrzne. Różnie określano istotę tych granic. Twierdzono, że wyływają one z tzw. moralności administracyjnej⁵¹ lub głoszono poglądy o ich psychologicznym podłożu.⁵² Podkreśliliśmy już wcześniej duże rozbieżności w doktrynie na ten temat.

Wydaje się jednak, że jako wewnętrzne granice swobodnego uznania można przyjąć prawa strony do słuszności (Richtigkeit) i braku błędów (Fehlerfreiheit) przy stosowaniu swobodnego uznania. Błędny może być to stosowanie w podwójnym kierunku - nadużycia (Misbrauch) gdy władza nie kierowała się osiągnięciem celu zgodne-

go z interesem publicznym - oraz zboczenia (Abirrug), w wypadku użycia swobodnego uznania do innego celu, niż było ono w ustawie powołane.⁵³

Kwestia, czy tak ujęte wewnętrzne granice swobodnego uznania dają się pogodzić z ich sądową kontrolą, wydaje się być pierwszorzędного znaczenia i będzie omówiona a dalszej części pracy.

Wspomniano wyżej, jak poważny problem w świetle art. 3 pkt b. ustawy o NTA stanowi określenie granic swobodnego uznania. Trybunał władny był bowiem badać czy nie zostały one przekroczone. Z porównania tekstu art. 1 z art. 3 pkt b. można wyciągnąć wniosek, że granice swobodnego uznania to nic innego, jak granice legalności działań władzy według swobodnego uznania. Wynika z tego, że muszą one mieć charakter prawny, tzn. opierać się na prawie pozytywnym. Takie stanowisko zajmowała judykatura „staroaustrackiego” Najwyższego Trybunału Administracyjnego, a poznanie orzecznictwa tego trybunału ma dla nas ten walor, że opierało się ono na takich samych podstawach, na jakich działał polski NTA. Co ciekawe, pewna ciągłość tradycji wyrażała się nie tylko w rozwiązaniach prawnych, ale również w tym, że ostatni prezes Senatu Trybunału Administracyjnego w Wiedniu, Jan Sawicki (1859-1940) stał się pierwszym prezesem NTA w Warszawie, on też był autorem projektu ustawy o NTA.⁵⁴

Przepis identyczny z polskim art. 3 pkt b. zawierały też ustawy o sądownictwie administracyjnym: bawarskim, badeńskim i wirtemburskim.

Judykatura austriackiego NTA wskazała, że ustalenie granic swobodnego uznania było jedną z najbardziej spornych kwestii. Skutkiem tego był „istny kalejdoskop sprzecznych orzeczeń”, w którym znajdowały się wyroki poddające kontroli, czy postępowanie w sprawach swobodnego uznania zostało przeprowadzone prawidłowo; ale także wyroki bezwzględnie odmawiające ochrony prawnej w sytuacjach, w których władzą kierowały inne względy niż te, które miała na celu norma prawna; w tym usiłowano ustalić granice określone

swobodnemu uznaniu oraz takie, które stwierdzały, że ochrona praw indywidualnych nie da się pogodzić z zasadą swobodnego uznania, z czego wynikała negacja jednego z podstawowych postanowień ustawy.⁵⁵

Określenie kompetencji polskiego NTA w sprawach swobodnego uznania poprzez pojęcie granic przekreślało wyłączenie prawnej strony swobodnego uznania spod orzecznictwa Trybunału. Działo się tak dlatego, że NTA badając prawne granice swobodnego uznania, uprawniony był badać wszystkie momenty prawne ze swobodnym uznaniem związane, a zatem całość prawnej strony swobodnego uznania - NTA badał zatem taką decyzję z punktu widzenia prawa. Tak ustalona interpretacja przepisów o zakresie sądowno-administracyjnej kontroli swobodnego uznania pozwala wysunąć twierdzenie, że w polskim systemie prawa nie prawna, a jedynie celowościowa strona decyzji opartej na swobodnym uznaniu, była wyłączoną spod kontroli sądownictwa administracyjnego, czyli że nie prawna strona tej decyzji, a jedynie refleks jej w dziedzinie polityki był usunięty spod kontroli NTA.

Reprezentowany wyżej pogląd daje się wyprowadzić z przeglądu orzecznictwa NTA w przedmiocie kontroli granic swobodnego uznania.

Zagadnieniem podstawowym w tej kwestii jest sprawa właściwości postępowania, poprzedzającego wydanie decyzji. Stąd też instytucja prawa administracyjnego, którą przyjęto określać jako wadliwość postępowania stanowi jedną z licznych konstrukcji ściśle ze swobodnym uznaniem związanych. Wydaje się, że szeroko pojęta kwestia wadliwości postępowania jest właśnie kwestią zewnętrznych, prawnych granic swobodnego uznania.

Jako podstawę prawną tak rozumianego systemu kontroli granic swobodnego uznania należy przyjąć art. 19 ustawy o NTA i art. 84 rozporządzenia o NTA (przy czym art. 84 jest dokładnym powtórzeniem art. 19), które stanowiły, że „Trybunał uchyli wyrokiem zaskarżone orzeczenie lub zarządzenie, z powodu wadliwego postępowania,

jeżeli uzna: 1) że stan faktyczny sprawy wymaga uzupełnienia, 2) że pozwana władza przyjęła stan faktyczny sprzeczny z aktami, 3) że ze szkodą skarżącego naruszono formy postępowania administracyjnego”.

Zanim przejdziemy do omówienia poszczególnych wypadków wadliwości postępowania, należy zaznaczyć, że według orzecznictwa Trybunału tylko istotne wadliwości mogły być podstawą do uchylecia decyzji. Zapatrywaniu temu NTA dawał wyraz wielokrotnie, gdy stwierdzał, że dana sytuacja nie stanowi istotnej wadliwości postępowania. I tak na przykład w wyroku z dn. 11 II 1935 r., l. rej. 665/33⁵⁶ NTA uznał, że nie stanowi istotnej wadliwości postępowania okoliczności, że władza w doręczonej stronie decyzji nie zamieściła motywów, gdy motywy te są znane stronie i strona skarży je do NTA. Tak samo, według wyroku z dn. 9 I 1935 r., l. rej. 10831/31⁵⁷ zamieszczenie w motywach decyzji przedmiotu, który należało umieścić w sentencji orzeczenia, nie stanowi istotnej wadliwości postępowania, albowiem, jak stwierdził NTA, postępowanie takie nie narusza żadnego proceduralnego przepisu, jak również w niczym nie oddziałuje na prawa strony, a w szczególności na możliwość zorientowania się strony w danym kierunku”.

Art. 19 i 84 aktów prawnych o NTA znalazły oczywiście swoje odbicie w judykaturze dotyczącej swobodnego uznania. W wyroku z dn. 22 XI 1930 r., l. rej. 4286/28⁵⁸ Trybunał stwierdził, że „swobodne uznanie władz orzekających podlega ograniczeniu w tym kierunku, że nie może ono mieć cech dowolności, tudzież, że decyzje, na swobodnym uznaniu oparte, podlegają, z punktu widzenia ich wadliwości, orzecznictwu NTA: a mianowicie naruszania form postępowania ze szkodą dla skarżących, popadnięcia w sprzeczność z ustaleniami w aktach poczynionymi lub w razie zachodzącej potrzeby uzupełnienia stanu faktycznego”.⁵⁹

Specjalnej uwagi wymaga tutaj sytuacja, w której organ administracji przyjmował stan rzeczy sprzeczny z aktami. Otóż, według NTA, powodowało to uchYLENIE zaskarżonego orzeczenia na zasadzie art. 19 ustawy o NTA nawet w razie braku zarzutów w tym kierunku

ze strony skarżącego - wyrok z dn. 26 XI 1923, l. rej. 553/22.⁶⁰ Z wyrokiem tym koresponduje późniejsze orzeczenie NTA, z dn. 27 IV 1934, l. rej. 9132/31,⁶¹ w którym stwierdzono wyraźnie, że przyjęcie stanu faktycznego sprzecznego z aktami stanowi istotną wadliwość postępowania.

Z przytoczonych wyroków można wysunąć wniosek, że zachowanie przepisów dotyczących prawidłowości przy postępowaniu w sprawach swobodnego uznania stanowiło podstawowy warunek legalności takich aktów i w tym kontekście można mówić o art. 19 i 84 jako o prawnych granicach swobodnego uznania. Pozostaje jednak do rozpatrzenia kwestia, czy w świetle orzecznictwa NTA są to jedyne granice swobodnego uznania. Dla tego celu niezbędne jest przyjrzenie się większej ilości wyroków.

Z wyroku z dn. 18 III 1929 r., l. rej. 1345/27⁶² wypływa bardzo ważny wniosek, że kwestia zachowania granic swobodnego uznania, tj. kwestia dowolności w żadnej kategorii spraw nie jest wyłączona spod rozpoznania NTA.

W wyroku z dn. 19 I 1931, l. rej. 4379/29⁶³ NTA, powołując się na wyroki z 20 X 1924, l. rej. 679/23 i z 23 X 1924, l. rej. 246/23 wypowiedział nader istotną zasadę, że nawet sprawy, w których władze uprawnione są do rozstrzygania według całkowitego swobodnego uznania, podlegają kontroli NTA w tym kierunku, „czy władza nie postępowała zupełnie dowolnie i czy postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo”. Trybunał bowiem uprawniony jest do kontroli czy właściwy przepis prawa został w konkretnym wypadku zastosowany.

Z kolei uzasadnienie wyroku z dn. 18 II 1927, l. rej. 1692/26⁶⁴ stwierdza, że w sprawach o nadanie koncesji na nową aptekę na ziemiach zaboru rosyjskiego władze orzekają na zasadzie swobodnego uznania, jednak jest ono ograniczone pod tym względem że: a) decyzje podjęte być winny po zbadaniu przez władze okoliczności w sposób ustawowo wskazany, b) decyzje te nie mogą być dowolne, tj.

nie mogą pozostawać w jawnej sprzeczności z poczynionymi ustaleniami.

Z wyroku z dn. 27 III 1923, l. rej. 404/22⁶⁵ wynika, że podlegała kontroli NTA kwestia, czy postępowanie przeprowadzone zostało prawidłowo i czy władza orzekająca nie wyszła poza granice, zakreślone naturą rzeczy i ustalonymi w sprawie faktycznymi okolicznościami.

W wyroku z dn. 26 III 1927 r., l. rej. 3804/26⁶⁶ NTA wyraził zapatrywanie, że „jakkolwiek unieważnienie wyborów do gminy wyznaniowej żydowskiej należy do swobodnego uznania władzy i może być dokonane także z urzędu - władza nie może unieważnić wyborów, co do których ona sama nie dopatrzyła się jakichkolwiek nieprawidłowości, powodujących bezwzględną ich nieważność”.

Powyższe wyroki przytoczone zostały w tym celu, by ustalić pewien katalog granic swobodnego uznania. Wynika z nich, że przekroczenie granic swobodnego uznania nazywane jest przez NTA dowolnością. Na pytanie zaś, kiedy mamy do czynienia z ową dowolnością, trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi. Wydaje się, że władza administracyjna nie będzie działała dowolnie gdy: 1) zastosowany zostanie prawidłowo właściwy przepis ustawy, 2) decyzja nie będzie pozostawać w jawnej sprzeczności z poczynionymi ustaleniami, 3) będzie „związana ustalonymi w sprawie faktycznymi okolicznościami, wreszcie 4) decydująca wszędzie będzie „naturą rzeczy”. W praktyce, oznaczało to, że obok granic wypływających z prawa pozytywnego, istnieją także granice określone „naturą rzeczy”, co oczywiście pozostawiało sądowi dużą swobodę w orzekaniu o swobodnym uznaniu, gdyż bliżej niewiele wyjaśniało.

Wypada przy tym zauważyć, że w sprawach ograniczonego swobodnego uznania, tj. przy istnieniu także postanowień materialnoprawnych co do istoty rzeczy (a nie tylko formalnych) kontrola NTA była głębsza, gdyż postanowienia materialnoprawne, ograniczające swobodne uznanie, mogły być kontrolowane bardziej konkretnie, jako łatwiej dające się ocenić pod względem legalności (por. w tej

sprawie wielokrotnie cytowany wyrok dotyczący koncesji przemysłowej, a także wyrok z 31 I 1924, l. rej. 413/23,⁶⁷ w którym NTA stwierdza, że jest władny rozpatrywać zarzuty podniesione przeciw prawidłowości postępowania.

Kończąc rozważania na temat kontroli granic swobodnego uznania zauważmy, że nawet tak ograniczony system kontroli stwarzał poważne zabezpieczenie przeciw dyletantyzmowi dochodzeń dokonywanych przez władze administracyjne i dawał możliwość wymuszenia rzeczowości przedkładanych dowodów.⁶⁸

Dopełnieniem tego systemu, jest przepis zawarty w aktach prawnych o NTA (art. 5 ustawy, art. 89 ust. 2 rozporządzenia), który stwierdzał, że „władza, której zarządzenie zostało uchylone w danej sprawie, związana jest zapatrywaniem zawartymi w uzasadnieniu wyroku”. Zwrócić należy uwagę, że postanowienie to, jakkolwiek uzasadnione, wręcz konieczne, ograniczało bardzo wyraźnie swobodę decyzji władzy administracyjnej w rozpatrywanej ponownie sprawie. Uzasadnienie bowiem zawiera pogląd sądu nie tylko na kwestię prawną, ale też na wartość poszczególnych dowodów etc. Jest to więc sytuacja kiedy sąd dość szeroko ingerował w kompetencje organu administracji.

Przy rozpatrywaniu zagadnienia sądowej kontroli nad swobodnym uznaniem władz administracyjnych, kwestii granic swobodnego uznania, nasuwa się nieodparcie uwaga, że kontrola ta w zasadzie obejmowała w takim samym zakresie również inne decyzje administracyjne, gdyż art. 19 lub 84 dotyczyły przecież wszystkich aktów administracyjnych. Z drugiej strony, oczywistym jest, że swobodne uznanie posiada swoją specyfikę i muszą istnieć także inne mechanizmy kontrolne. Wydaje się, że taka sytuacja wynikła z powodu określenia kompetencji NTA w sprawach swobodnego uznania poprzez wątpliwą kwestię jego granic. O ile bowiem tzw. zewnętrzne granice dawały się łatwo ustalić i były zbliżone do tych, jakie posiadała każda decyzja administracyjna, o tyle tzw. granicom wewnętrznym odmawiano z reguły charakteru prawnego. Stąd wynikały twierdzenia w niektórych wyrokach, że swobodne uznanie bada się po-

przez okoliczności wynikające „z natury rzeczy”. Pisaliśmy też wyżej, że określenie kompetencji sądu administracyjnego w habsburskiej Austrii poprzez kwestię granic swobodnego uznania spowodowało „istny kalejdoskop sprzecznych orzeczeń”.

Jest przy tym rzeczą charakterystyczną, że po I wojnie światowej w 1919 r. w Austrii nie zawarto w nowej ustawie o sądownictwie administracyjnym przepisu o granicach swobodnego uznania, a kompetencję sądu w sprawach swobodnego uznania określono w inny sposób. Uznano, powołując się na dorobek francuskiej Conseil d'Etat i niektórych sądów niemieckich, że to, co przede wszystkim powinno być kontrolowane w wypadku swobodnego uznania, co je wyróżnia, to kwestia zgodności zastosowania swobodnego uznania z celem ustawy. Takie ujęcie zagadnienia tylko pozornie otwiera sprawę celowości decyzji administracyjnej, gdyż, jak zgodnie podkreślała doktryna, czym innym jest celowość, a czym innym koherencja decyzji z celem ustawy, jako problem szeroko pojętej legalności. Zapatrywanie takie znalazło swoje uwieńczenie w art. 129 Konstytucji Republiki Austrii z 1 X 1920 r. (autorem tego artykułu był H. Kelsen), który stwierdza, że „władza nie narusza prawa, o ile stosownie do postanowień ustawy upoważniona była do wydania decyzji lub zarządzenia według swobodnego uznania i o ile zrobiła z niego użytek w myśl ustawy”.⁶⁹

Podobne rozwiązanie zawarto też w czechosłowackiej ustawie o sądownictwie administracyjnym, wzorowanej, tak jak polska, na staroautriackiej. Podkreślmy raz jeszcze: nie oznaczało to wcale przyznania sądom administracyjnym prawa orzekania o celowości decyzji opartych na swobodnym uznaniu.⁷⁰

Również szwajcarska ustawa o sądownictwie administracyjnym z 1929 r. nie posługuje się pojęciem swobodnego uznania, a stwierdza tylko, że „orzeczenie rządu musi mieć swoją podstawę w naruszeniu prawa związkowego” i w ten sposób niepewną kwestię granic sprowadziła do całkiem nowoczesnej koncepcji legalności podstaw działania administracji.⁷¹

Jak już wcześniej zaznaczono., impuls do tych zmian dało orzecznictwo francuskiej Rady Stanu (Conseil d'Etat). W toku rozwoju historycznego prawa administracyjnego we Francji wykształciła się tam specyficzna skarga z powodu nadużycia władzy (rours pour exces de pouvoir), według której można było dochodzić uchylenia nielegalnego aktu administracji. Opiera się ona na czterech podstawach:

- 1) niekompetencji organu (incompetence),
- 2) naruszenia prawa procedury (vice de forme),
- 3) naruszeniu prawa materialnego (violation de la loi),
- 4) przekroczeniu swobodnego uznania, nadużycie władzy (détournement de pouvoir).

Trzy pierwsze podstawy, jako odpowiedniki tzw. granic zewnętrznych swobodnego uznania, są w tym miejscu mniej interesujące. Szczególną uwagę zwraca natomiast instytucja détournement de pouvoir. Judykatura francuska określiła je jako „takie zachowanie się organu administracyjnego, którym organ ów nadużywa swej władzy do celu i z przyczyn innych, aniżeli te do jakich została ona mu powierzona, jakkolwiek spełnia akt, należący do kompetencji i przestrzega przepisów zarówno formalno, jak i materialnoprawnych”.⁷²

Przypadki nadużycia władzy obejmują takie sytuacje jak dążenie do innego celu niż publiczny, zachowanie ogólnego celu, ale niezachowanie szczególnego celu ustawy oraz tzw. détournement de procédure, czyli sytuację gdy organ ma osiągnąć pewien cel za pomocą określonej procedury a osiąga go za pomocą innej, którą uważa za bardziej praktyczną.⁷³

Trudno tu nie oprzeć się wrażeniu, że podobnie określano na gruncie niemieckim tzw. wewnętrzne granice swobodnego uznania, określając nieprawidłowości w tym zakresie jako nadużycie (Missbrauch) i zboczenie (Abirring).

Wydaje się, że w ten sposób na gruncie niemieckim nawiązywano do instytucji détournement de pouvoir. Francuska Conseil d'Etat

ma jednak przewagę nad innymi sądami administracyjnymi w tym zakresie, że cechuje ją konsekwencja. Poza tym, skargi z powodu *exces de pouvoir* były od 1864 r. zwolnione od wszelkich opłat i przymusu adwokackiego, zwraca też uwagę bardzo szerokie określenie kręgu podmiotów uprawnionych do wniesienia tej skargi.⁷⁴

Kwestia zgodności decyzji administracyjnej z celem ustawy musiała oczywiście pojawić się także w judykaturze polskiego NTA. Nie były to jednak wypadki częste.

Na przykład w wyroku z dn. 27 III 1923, I. rej. 404/22⁷⁵ Trybunał rozważył we wspomnianej powyżej sprawie należącej do zakresu swobodnego uznania, że celem ustawy było w tym wypadku „podporządkowanie wygod i nawyknień pojedynczych obywateli nieuniknionym potrzebom ustawy publicznej” i że zaskarżone orzeczenie nie było z tym celem sprzeczne.

W wyroku z dn. 24 II 1926, I. rej. 538/24⁷⁶ Trybunał rozpatrywał zarzut strony, chociaż podniesiony dopiero na rozprawie, że celem ustawy z 15 VII 1920 r. o likwidacji majątków prywatnych w wykonaniu Traktatu Pokoju w Wersalu było oddanie likwidowanego mienia na własność gminy, a nie zatrzymanie go na rzecz państwa. NTA uznał, że również w tej sprawie nie zaszło odstępianie od celów ustawy przez władzę.

Wreszcie, w wyroku z 4 II 1929 r., I. rej. 1345/26⁷⁷ podniesiony przez strony zarzut co do niezgodności zaskarżonego orzeczenia z celem dekretu w przedmiocie przymusowego zarządu państwowego (Dz. PPP 1918, poz 67) Trybunał za oczywiście nieuzasadniony, gdyż strona skarżąca nawet nie wskazała tego innego celu, jaki władza jakoby miała mieć na uwadze.

Wyroki te stanowią raczej tylko niewielki fragment orzecznictwa w sprawie swobodnego uznania, dlatego trudno w tym wypadku mówić o ustalonej linii judykatury NTA w tej kwestii.

Okazuje się więc, że poprzez kontrolę granic swobodnego uznania NTA dochodził w zasadzie do tych samych rezultatów, co sądy

administracyjne innych państw. Niewątpliwie jednak łatwiej te rezultaty byłoby osiągnąć w wypadku bardziej nowoczesnego określenia podstaw kontroli swobodnego uznania.

Doktryna w Polsce zajmowała stanowisko niechętne wobec badania zgodności decyzji administracyjnych z celem ustawy. Podkreślano, że sądową kontrolę takich decyzji można dopuścić jedynie w wypadku, gdy taki akt administracyjny narusza nie ogólny - nie omówiony nigdzie cel ustawy, a jeśli narusza cel, który dokładnie ustawa precyzuje.⁷⁸ Stanowisko doktryny tłumaczyć może częściowo niechęć NTA do zajmowania się tym aspektem swobodnego uznania. Podkreślmy jednakże, że pewne wnioski z działalności austriackiego Trybunału zostały wyciągnięte i NTA nie charakteryzowało się tak wielką rozbieżnością orzeczeń w sprawach swobodnego uznania, jaka występowała w habsburskiej Austrii.

* * *

Z przedstawionego dotychczas materiału pozytywnoprawnego oraz judykatury NTA dają się wysnuć następujące wnioski, które charakteryzowały polską konstrukcję swobodnego uznania i jej kontrolę przez sąd administracyjny:

1. Brak jednoznacznego stanowiska doktryny w sprawie terminologii (swobodna ocena - swobodne uznanie), w praktyce NTA - wyraźne rozgraniczenie wypadków swobodnego uznania od swobodnej oceny, tj. oceny technicznej i interpretacji pojęć ustawowych.

2. Istnienie w polskim prawie administracyjnym wielu rodzajów swobodnego uznania - „całkowitego” oraz „innych wypadków”. Skutkowało to posługiwaniem się tym rozróżnieniem ustawowym, tj. pojęciami „swobodne uznanie całkowite” i „ograniczone” przez NTA. Natomiast ani doktryna, ani judykatura NTA nie rozwiązały problemu, do jakiej grupy swobodnego uznania według art. 75 ust. 3 rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym zaliczyć przypadki powoływania się na interes publiczny;

3. Przejrzyste rozpracowanie przez orzecznictwo NTA kontroli granic zewnętrznych, tj. prawnych swobodnego uznania;

4. Przywiązywanie wielkiej wagi przez NTA do kwestii motywowania decyzji administracyjnych opartych na swobodnym uznaniu, a jeżeli administracja była od tego zwolniona, wymaganie przez NTA kompletności akt sprawy;

5. Kontrola całej prawnej strony swobodnego uznania przez polski sąd administracyjny, bardzo rzadko jednak nawiązująca, mimo braku przeciwwskazań ustawowych, do francuskiej instytucji *detournement de pouvoir*.

Dokonany przegląd orzecznictwa pozwala przyjąć, że Trybunał nie odróżniał badania decyzji pod względem celowości od badania, czy decyzja ta zgodna jest celem ustawy w danej sytuacji. Ochrona naruszonych praw jednostki mogła stać się wątpliwą. Takie stanowisko NTA nie wynikało z chęci uszczuplenia praw obywateli, ale raczej z nie dopracowanej przez polskie prawo koncepcji swobodnego uznania i pozycji sądów administracyjnych w systemie sądownictwa II RP.

Wydaje się jednak, że najważniejszym osiągnięciem NTA w ciągu 17-lecia działalności była stała dążność do ujednoczenia stosowania przepisów prawa administracyjnego. Działalność na tym polu cechuje każdy sąd administracyjny, pamiętać jednak należy, że NTA przypadła rola znacznie trudniejsza, a wynikało to z wielości systemów prawnych na ziemiach Rzeczypospolitej.

PRZYPISY:

1. W. Binder, Ustawa o NTA, Warszawa 1926.
2. M. Baumgart, H. Habel, Prawo o NTA, Warszawa 1934.
3. J. Grzymała-Pokrzywnicki, Postępowanie administracyjne w świetle orzecznictwa NTA, Warszawa 1937.
4. T. Hilarowicz, NTA i jego kompetencja, Warszawa 1925.
5. J. Starościak, Swobone uznanie władz administracyjnych, Warszawa 1948.
6. H. Izdebski, Wpływ orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego. Przyczynek do studiów nad tradycją prawniczą, w: CPH, T. XXXIX, z. 2, 1987, ss. 157-171.
7. Dz.U. nr 36, poz. 341.
8. W. Binder, Ustawa o NTA, Warszawa 1926, s. 71-72.
9. J. Starościak, op. cit., s. 75-77.
10. ZW 1930, nr 229A, s. 163-166.
11. Cyt. za: E. Iserzon, Postępowanie administracyjne, Kraków 1937, s. 156.
12. B. Wasiutyński: Z powodu właściwości NTA, RPEiS, 1923, Zeszyt III, s. 592.
13. ZW 1933, nr 652A, s. 153-155.
14. ZW 1935, nr 1129A, s. 417-419.
15. B. Wasiutyński, op. cit., s. 592.
16. ZW 1934, nr 828A, s. 347-348.
17. J. Grzymała - Pokrzywnicki, op. cit., s. 30.
18. ZW 1931, nr 339A, s. 22-24.
19. GAPP 1937, nr 14, s. 817.
20. Zob. np. G. Taubenschlag, Swobodne uznanie władzy administracyjnej, w: Głos Prawa 1934, s. 423.
21. ZW 1925, nr 578, s. 187-189.
22. RPEiS 1929, z. esz. 1.
23. ZW 1924 nr 389, s. 389-392.

24. GAPP 1937, nr 12, s. 498 oraz ZW 1936, nr 1190A, s. 197-201.
25. ZW 1929, nr 124A.
26. J. Starościak, op. cit., s. 84.
27. Czynili to np. T. Hilarowicz i W.S. Wachholz.
28. OPA, 1934, nr 727.
29. ZW 1931, nr 339A.
30. ZW 1928, nr 1537, s. 647-652.
31. GSW 1930, s. 229.
32. ZW 1931, nr 403A. Decyzja organu skarbowego w tej sprawie nie opierała się na rozporządzeniu o postępowaniu administracyjnym, jednak wyrok ten stwierdzał, że zasada art. 75 ust. 3 co do niemotywowania decyzji całkowicie swobodnych obowiązuje także poza zakresem rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym.
33. GAPP nr 1937, nr 14, s. 817.
34. E. Iserzon, op. cit., s. 166.
35. ZW 1928, nr 1490.
36. ZW 1925, nr 518, s. 25 oraz GAPP 1928, nr 6. Powyższe stanowisko zajmują M. Baumgart i H. Habel op. cit., s. T. 54.
37. J. Starościak, op. cit., s. 114.
38. T. Hilarowicz, Problemy postępowania administracyjnego na konferencji międzynarodowej w Wiedniu w 1933 r., w: *Głos Prawa* 1934, nr 4-5, s. 310-311.
39. Ze względu na znaczenie tego aktu dla praktyki i orzecznictwa podajemy najbardziej interesujące nas treści: „(...) przy odmownym załatwieniu spraw polecam z reguły podawać w decyzji krótkie i jasne uzasadnienie powodów odmowy zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym. Ta reguła obowiązuje przy załatwianiu w I instancji nie tylko spraw, w których obowiązek faktycznego uzasadnienia wynika z ustawy, ale także spraw swobodnego uznania. Jedynie w przypadkach, gdy ważny interes państwowy przemawia przeciwko bliższemu, faktycznemu uzasadnieniu powodów odmowy, należy pominąć ich podawania, ograniczając się do uzasadnienia pod względem prawnym, podanego w sposób należycie zrozumiały dla strony (...). (...) W sprawach tzw. swobodnego uznania, w których ustawy udzielają władzom uprawnień nie wskazując jakimi kryteriami mają się one kierować przy decydowaniu, należy kierować się przewodnią myślą przyświecającą wydaniu ustawy, z wykluczeniem nie tylko wszelkiej dowolności i względów ubocznych, ale także

wszelkich innych względów, chociażby nawet podyktowanych interesem publicznym, jednak pozostających poza zakresem celów danej ustawy”.

40. ZW 1928, nr 1467, s. 400-401.
41. ZW 1928, nr 1406, s. 211.
42. Zw 1930, nr 260A, s. 240.
43. ZW 1925, nr 640, s. 349-352.
44. ZW 1936, nr 1267A, s. 441-445.
45. Art. 3 pkt b) ustawy z dn. 3 VIII 1922 r. o NTA (Dz.U. nr 67, poz. 600), art. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dn. 27 X 1932 r. o NTA (Dz.U. nr 94, poz. 806).
46. B. Wasiutyński, op. cit., s. 590.
47. Cyt. za: T. Hilarowicz, op. cit., s. 219.
48. S. Baudouin de Courtenay, Ustawa o NTA a art 73 Konstytucji., Warszawa 1923, s. 70 i n.
49. T. Hilarowicz, op. cit., s. 230.
50. J. Starościak, op. cit., s. 92.
51. W.L. Jaworski, Nauka prawa administracyjnego, Warszawa 1924, s. 51.
52. W. Binder, Granice swobodnego uznania władz administracyjnych, RPEiS, 1926, zeszyt t. VIB, s. CLXIX.
53. Ibid, s. CLXX.
54. H. Izdebski, Historia administracji, Warszawa 1984, s. 83.
55. W. Binder, op. cit., s. CLXX.
56. ZW 1935, nr 1013A, s. 40-42.
57. ZW 1935, nr 1006A, s. 22-23.
58. ZW 1930, nr 307A, s. 370
59. Znaczenie art. 19 dla spraw swobodnego uznania tak wyjaśnia T. Hilarowicz: op. cit., s. 309; „Wypadki w których stan faktyczny sprawy wymaga uzupełnienia albo których władza przyjęła ten stan sprzecznie z aktami mogą oczywiście zachodzić także w sprawach ustawowego skrepowania władzy administracyjnej; w tych ostatnich może nawet częściej i wyraźniej, niż w sprawach swobodnego uznania. Ale w sprawach swobodnego uznania znaczenie tych wypadków polega na tym, że po-

mijając już te wypadki, które dadzą się podciągnąć pod pojęcie naruszenia form postępowania, mogą one być podciągnięte pod pojęcie nadużycia swobodnego uznania, użycie swobodnego uznania do celów sprzecznych z ustawą, a więc przekroczenie granic swobodnego uznania”.

60. GSW - 1924, nr 5.

61. ZW 1934, nr 755A, s. 125-127.

62. ZW 1929, nr 576, s. 202-204.

63. ZW 1931, nr 339A, s. 22-24.

64. ZW 1927, nr 1127, s. 126.

65. ZW 1923, nr 59, s. 112.

66. ZW 1927, nr 1172, s. 266.

67. ZW 1924, nr 291, s. 87.

68. W tym miejscu należy przypomnieć zasadę orzecznictwa NTA, w myśl której nawet w wypadku niemotywowania decyzji nakładano na władzę obowiązek przedstawiania kompletnych akt sprawy. (Cyt. wyrok z dn. 6 VI 1934, l. rej. 10564/31).

69. J. Grenowski, op. cit., s. 823.

70. Dla przykładu zacytujmy tu jedno z pierwszych orzeczeń czechosłowackiego sądu administracyjnego (z dn. 21 I 1919, l. rej. 191). „Chociaż sprawy swobodnego uznania nie są wyjęte spod właściwości sądu, nie obejmuje to uprawnień Trybunału do zastąpienia swobodnego uznania władz swobodnym uznaniem Trybunału, albo do poddania badaniu celowości ich orzeczenia. Trybunał może w każdym wypadku tylko rozważyć, czy orzeczenie nie jest dotknięte nielegalnością lub wadliwością postępowania. Ma on badać, czy władza administracyjna nie przekroczyła granic swobody, które jej zakresliły całość intencji ustawodawczej i istota sprawy, a w szczególności czy przy swym orzeczeniu władzą nie kierowały inne względy, aniżeli owe, które norma prawna miała na oku”. Cyt. za: W. Binder, op. cit., a. CLXIX.

71. J. Starościk, op. cit., s. 123.

72. W. S. Wachholz, Zasada swobodnej oceny władzy administracyjnej w państwie prawnym, GAPP 1927, s. 488.

73. M. Mincer, Uznanie administracyjne, Toruń 1984, s. 123.

74. B. Wasiutyński, op. cit., s. 580-581.

75. Zob. T. Hilarowicz, op. cit., s. 305.

76. ZW 1926, nr 890, s. 140-147.

77. ZW 1929, nr 15A, s. 64.

78. J. Starościk, op. cit., s. 129.

**LITEWSKA DROGA KU NIEPODLEGŁOŚCI.
HISTORIA I WSPÓŁCZESNOŚĆ
PRZEMIAN USTROJOWO-PRAWNYCH**

Z uwagą obserwujemy zjawiska prawno-ustrojowe zachodzące w powstałych w wyniku rozpadu systemu socjalistycznego państwach Europy środkowo-wschodniej.

Zagadnienie to jest o tyle ciekawe, iż w jego przebiegu dostrzec można podobieństwa, ale przede wszystkim dość istotne, specyficzne, historycznie i politycznie zdeterminowane różnice. Bo jakże czymś innym było zniknięcie Niemieckiej Republiki Demokratycznej i wynikające z tego konsekwencje, a czym innym przemiany ustrojowe w Czechosłowacji (wyodrębnienie się dwóch suwerennych państw Czech i Słowacji), w Bułgarii, Rumunii, czy wreszcie na Litwie, Łotwie, Estonii, Białorusi, które samodzielność uzyskują w rezultacie rozpadu ZSRR. Zresztą i tutaj dostrzec można także różnice. W wielu wypadkach, głównie elity władzy, a w jakimś stopniu i część społeczeństwa nie dostrzega istoty upływu czasu, stąd tak ciężko zaadoptować się do nowej, jakże zmienionej rzeczywistości. Tomas Venclova¹ trafnie zauważa, że „Litwa i pozostałe państwa bałtyckie chciałyby włączyć się do Europy - lecz nie do tej dzisiejszej, tylko do Europy z lat 30., kiedy utraciły niepodległość. Wieloletnia izolacja od Zachodu sprawiła, że w krajach tych pamięta się Europę przeszłości, o dzisiejszej zaś nie wie się nic. Każda konfrontacja ze współczesną zachodnią mentalnością budzi szok, a nierzadko i oburzenie”.²

Dlatego tak złożona i skomplikowana sytuacja pozostaje na Litwie, której kolejny proces odzyskiwania niepodległości rozpoczął się od początku lat dziewięćdziesiątych. Wówczas - 11 marca 1990 - Ra-

da Najwyższa Republiki Litewskiej proklamowała przywrócenie niepodległości Litwy. W przyjętej deklaracji stwierdzono, że przerwana obcą przemocą w 1940 roku realizacja suwerennych praw państwa litewskiego zostaje przywrócona. Akt niepodległości z 16 lutego 1918 r. i rezolucja Sejmu Ustawodawczego z dnia 15 maja 1920 roku o odrodzeniu demokratycznego państwa litewskiego nigdy nie były zniesione, mają pełną moc prawną i są konstytucyjnym fundamentem państwa litewskiego. Jednocześnie przywrócono nazwę państwa i symbole państwowe sprzed 1940 roku. Warto w tym miejscu podkreślić, że bieg litewskich dziejów walki o niepodległość rozpoczętej po zakończeniu I wojny światowej został przerwany konsekwencjami wynikającymi z układów Ribbentrop - Mołotow z 23 sierpnia i 28 września 1939 roku. 10 października 1939 r. Litwa podpisała ze Związkiem Radzieckim traktat o przekazaniu Litwie Wilna i części Wileńszczyzny, poza tym Związek Radziecki zobowiązywał się do obrony granic Litwy i za zgodą rządu litewskiego wprowadził swoje wojska na jej terytorium.

Zmieniło to wewnętrzną sytuację, w następstwie której odbyły się w dniach 14-15 lipca 1940 roku wybory. Wyłoniły one Sejm Ludowy, który 21 lipca ogłosił „Deklarację o władzy państwowej”, na mocy której Litwa przemianowana została na Litewską Socjalistyczną Republikę Radziecką i zwrócił się z prośbą o przyjęcie jej w skład ZSRR. Już 3 sierpnia tego samego roku Rada Najwyższa prośbę przyjęła. Od tego momentu rozpoczął się trwający pół wieku proces funkcjonowania Litwy w ramach ZSRR wraz z wynikającymi konsekwencjami.

Zachodzące na Litwie procesy niepodległościowe pod koniec lat osiemdziesiątych bezpośrednio nawiązywały do tradycji sprzed 1940 roku, w tym w płaszczyźnie rozwiązań ustrojowych do Konstytucji 12 maja 1938 roku, przepojonej autorytaryzmem, stwarzając nowy typ prezydenckiego reżimu, w znacznym stopniu wzorowanej na polskiej konstytucji kwietniowej z 1935 roku.³

Stąd w toczącej się wówczas dyskusji, stosunkowo ograniczonej do środowisk naukowych, padały różne propozycje, nawiązujące do tradycji konstytucjonalizmu litewskiego, stosunkowo zresztą skro-

mnego. Głównie chodziło o konstytucję z 1 sierpnia 1922 r. oraz w jakimś stopniu także z 1928 r. Pierwsza, wzorowana na polskiej konstytucji marcowej z 1921 r. stwierdzała, że Litwa jest republiką demokratyczną z etnograficznymi granicami. Władzę ustawodawczą sprawował wybrany na 3-letnią kadencję sejm. Natomiast po zamachu grudniowym z 1926 r. A. Smetony i A. Voldemarasa, 15 maja 1928 r. ogłoszona została nowa konstytucja, ograniczająca funkcje sejmu i podkreślająca szczególną rolę prezydenta, elekcji którego dokonywali „specjalni przedstawiciele narodu”. Zasady ich wyboru precyzowała ustawa prezydenta z 25 listopada 1931.

Stąd w wysuwanych propozycjach, m.in. w opracowaniach przedstawicieli Akademii Nauk Litwy z 1988 roku, z jednej strony uwzględniano prawno-ustrojowy stan Litwy w ramach federacji radzieckiej, a z drugiej lansowano szczególną rolę parlamentu. W tym duchu stworzona ordynacja wyborcza uwzględniała zapisy nowelizujące konstytucję z 7 grudnia 1989, eliminując m.in. artykuł 6, mówiący o przewodniej roli partii komunistycznej i wprowadzając założenia pluralizmu politycznego. Warte odnotowania były równoległe zmiany zachodzące w Komunistycznej Partii Litwy po jej grudniowym (1989) XX Zjeździe. Nastąpiło wówczas zwycięstwo linii reprezentowanej przez I sekretarza (od jesieni 1988 r.) Algirdasa Brazauskasa.⁴ A wyrazem symbolicznym tego było oderwanie się KPL od podporządkowania i zależności wobec KC KPZR. W przyjętej deklaracji programowej czytamy, iż KPL „nie uznaje priorytetu jakiegokolwiek jednej klasy lub grupy społecznej w społeczeństwie. Ogólnoludzkie wartości, cele i interesy narodu litewskiego i wszystkich ludzi Litwy dominują nad klasowymi (...) Partia nie pretenduje do monopolu prawdy i sprawiedliwości (...) Władzę polityczną zdobywa się tylko przez demokratyczne wybory”. A lutowe Plenum KC KPL (19. II) oficjalnie i jednoznacznie wypowiedziało się za niepodległością i niezwłocznym rozpoczęciem rozmów na temat wystąpienia Litwy ze Związku Radzieckiego.

Oczywiście, widoczne wówczas przeobrażenia w „kierowniczej sile” determinującej funkcjonowanie całego systemu politycznego by-

ły wynikiem szczególnych nastrojów i nacisków społecznych, jakie pojawiły się na Litwie przynajmniej od połowy lat 80. A porównać to można było do momentu pierwszego odrodzenia świadomości narodowej - także z lat 80., tylko wieku XIX! Wówczas to Jonas Basanavičius stworzył pismo „Aušra” (1883), tworzone za granicą, nielegalnie przemycane na ziemię litewskie, opatrzone było wymownym epigrafem „Homines historiarum ignari semper sunt pueri”. A grono Miłośników Litwy aktywizowało swoją działalność na niwie brzemienia świadomości narodowej. Mimo złożoności i kontrowersyjności tego zjawiska, pozostaje istotnym i przełomowym momentem na drodze ku niepodległości Litwy zdobytej po I wojnie światowej.⁵

Zgadzam się w pełni z tymi wszystkimi autorami, tak polskimi jak i litewskimi, którzy podkreślają szczególną rolę obchodów 600-lecia chrztu Litwy. Ten moment, jak pokazują nieliczne zresztą badania socjologiczne, wypowiedzi, wspomnienia, stał się retrospektywnym spojrzeniem w przebytą drogę.

Stan nastrojów niepodległościowych w pełni wykorzystał, powstały w czerwcu 1988 roku Litewski Ruch na Rzecz Przebudowy - Sajudis, który w początkowej fazie swego działania podkreślał większą samodzielność polityczną, gospodarczą i kulturalną w ramach ZSRR. Główne cele Sajudisu - to jawność, demokracja, suwerenność państwowa, gospodarcza, kulturalna litewskiej SRR, prawne państwo socjalistyczne, w którym wola narodu jest realnie reprezentowana na wszystkich szczeblach władzy ustawodawczej i wykonawczej oraz sądownictwa - czytamy w „Programie Litewskiego Ruchu na Rzecz Przebudowy” - Sajudis z 23 października 1988.

Z uwagi na rolę, jaką odegrał ten ruch, warto poświęcić nieco miejsca. Otóż Sajudis - to „ogólny ruch”, „pospolity ruch”, którego początki sięgają czerwca 1988, kiedy to z inicjatywy 35 osób odbyło się pierwsze zebranie w sali Litewskiej Akademii Nauk. Główną rolę odgrywali wileńscy intelektualiści, skupieni wokół klubów filozoficznych, a przede wszystkim profesorowie uniwersytetu w Wilnie Bronius Genzelis, Vytautas Landsbergis, Romualdas Ozolas, Kazimiera Prunskiene oraz Jakubas Minkevičius, znany i ceniony autor wielu

prac z dziedziny filozofii człowieka, historii filozofii i religioznawstwa. Istotną rolę odgrywali także autorzy „Kroniki Kościoła katolickiego” na Litwie. W dniach 22-23 października odbył się zjazd założycielski z udziałem 1200 delegatów. Uchwalono statut i program, w którym czytamy, iż „Sajudis będąc wcieleniem woli obywateli litewskiej SRR walczy o suwerenność, a stosunki z innymi republikami ZR powinny być budowane na **leninowskiej zasadzie federalizmu** (podkr. - moje A.B.), na zasadzie politycznej i prawnej równości oraz samookreślenia narodów, zgodnie z powszechnie uznanymi normami prawa międzynarodowego”.

Dużo miejsca poświęcono problematyce praw człowieka i obywatela wskazując, że nie mogą być ograniczane z powodu przekonań politycznych; jakiegokolwiek bądź prześladowania za poglądy polityczne są bezpodstawne i karalne, a wszystkie sprawy wynikające z odpowiedzialności karnej jednostki, winny być rozstrzygane na podstawie presencji niewinności. Obywatelowi nie mogą być inkryminowane jego dane biograficzne. A miejsce odbywania kary, wyznaczonej przez sąd może się znajdować tylko na terytorium Litewskiej SRR, a żaden jej obywatel nie może być deportowany poza granice Litwy wbrew swej woli. Na uwagę zasługują fragmenty poświęcone problematyce militarnej, m.in. pojawiły się tendencje pacyfistyczne. Sajudis, podkreślano, jest za wznowieniem tradycji litewskich jednostek wojskowych oraz narodowych instytucji szkolenia oficerów, a młodzież litewska powinna pełnić służbę wojskową na Litwie, a dla młodzieży, której przekonania nie pozwalają służyć w armii, należy wprowadzić obowiązek pracy. Sajudis opowiadał się za demilitaryzacją życia publicznego, usunięcia lub ograniczenia zakresu przysposobienia wojskowego w szkolnictwie średnim i wyższym, zwolnieniem dziewcząt od przerabiania tego kursu, a powoływanie do służby wojskowej studentów wyższych uczelni uważał za szkodliwe dla społeczeństwa, jak również proponował odmilitaryzowanie programów telewizyjnych i filmowych.

W płaszczyźnie ekonomicznej jednoznacznie wskazywano na samodzielność LSRR z rozbudowanymi różnorodnymi formami włas-

ności: państwowej, spółdzielczej, akcyjnej, prywatnej, mieszanej, co powodowałoby, iż polityka gospodarcza służyłaby nie anonimowemu społeczeństwu, lecz konkretnym mieszkańcom Litwy.

Omówiony program stanowił istotnie ważny krok w procesie przemian na Litwie i jeżeli w wielu wypadkach grzeszył ogólnikowością, to stał się podstawą założeń doktrynalnych wielu partii litewskich, a jednym z ciekawszych zjawisk tego okresu było instytucjonalizowanie życia politycznego i tworzenie pluralizmu.

Obok politycznego ruchu, jakim był Sajudis i odrodzonej KP Litwy, w której dostrzec można było wyraźne tendencje ku ideałom socjaldemokratycznym, a w szczególności bliskie modelowi brytyjskiej Partii Pracy, silnym ugrupowaniem pozostaje Liga Wolności Litwy, a jej przywódcą został Antonas Terlackas. Początki działania sięgają jeszcze lat siedemdziesiątych. Z kolei Partia Demokratycznej Litwy opiera się w swoim programie na nauce społecznej kościoła, a w organie prasowym „16 Lutego” podkreśla się, iż Litwa ma pełne prawo do niepodległości z trzech zasadniczych względów: powszechnie uznanego prawa do samookreślenia narodów, tradycji państwowości litewskiej, której korzenie sięgają XIII w. oraz uznanego na arenie międzynarodowej aktu o Niepodległości Litwy z 16 lutego 1918 roku.

Ważne miejsce zajmują: Partia Chrześcijańsko-Demokratyczna, Litewski Związek Narodowy, popularni narodowcy „Tautinkai”, sięgający do tradycji tej partii z lat po 1926 r. Wyraźny renesans przeżywa także Socjaldemokratyczna Partia Litwy, która w swych założeniach programowych podkreśla wizję państwa socjalnego, w którym tolerancja, pluralizm, parlamentarna demokracja i rządy prawa zapewniają warunki nie dopuszczające poniżenia godności człowieka, sprawiedliwość i potencjalną równość, solidarność wobec nieszczęśliwych.⁶

Z większych ugrupowań politycznych na uwagę zasługuje powstała w końcu 1988 roku z połączenia klubów ekologicznych - Partia Zielonych. Proces upolitycznienia życia społecznego wyraźnie po-

stępuje i nie może dziwić fakt, że powstają ciągle nowe partie polityczne, które z jednej strony nawiązują do tradycji historycznej okresu międzywojennego, kiedy to od 1919 r. do 1926 sześć ugrupowań odgrywało istotną rolę (Partia Chrześcijańsko-Demokratyczna, Partia Postępu Narodu Litewskiego, tzw. „Pažanga”, obie o charakterze pravicowym i silnych tendencjach nacjonalistycznych, centrum stanowiły Partia Socjalistów-Ludowców-Demokratów Litwy, na czele której stali wybitni politycy Mykolas Sleżevičius, Kazys Grinius oraz Związek Chłopski, ugrupowania strictly lewicowe to Litewska Partia Socjaldemokratyczna oraz nielegalnie działająca Komunistyczna Partia Litwy). Z drugiej zaś strony dostrzec można, iż w zdecydowanej większości mają one charakter „partii kanapowych”.

Stan ten potwierdzają przeprowadzone wybory parlamentarne i prezydenckie. Pierwsze jeszcze do Rady Najwyższej Litwy przeprowadzono w dwóch turach 24 lutego i 4 marca 1990 zakończyły się wyraźnym zwycięstwem Sajudisu, który już jednoznacznie w swoich hasłach wyborczych lansował suwerenność Litwy. Ugrupowanie to zdobyło 99 mandatów w liczącym 141 deputowanych parlamencie; z KPL związanych było 31, z Partią Socjaldemokratyczną - 9, partią demokratyczną - 3, chrześcijańską demokracją - 2 oraz tzw. komunistami promoskiewskimi - 4. Przewodniczącym Rady Najwyższej został V. Landsbergis, a wiceprzewodniczącymi Kazimieras Motieka, Bronius Kuzmickas i Czesławas Stankievičius. Na Premiera rządu powołano Kazimierę Prunskienę, a wicepremierami zostali Algirdas Brazauskas i Romualdas Ozolas.

W tym momencie nastąpiło szczególne napięcie w stosunkach litewsko-radzieckich. Kierownictwo radzieckie z Michaiłem Gorbaczowem na czele zaczęło wyraźnie hamować tak wyraźnie postępujący proces niepodległości. Bezpośrednim działaniem była m.in. blokada, która przyjmowała różne formy od zamknięcia granic, poprzez zakaz wjazdu dyplomatom, korespondentom zagranicznym, a 18 marca na terytorium Litwy rozpoczęły się manewry wojskowe, określane w literaturze litewskiej jako „wojna nerwów” lub „wojna psychologiczna”.

19 kwietnia wprowadzono blokadę ekonomiczną, wyraźnie ograniczając dostawy ropy naftowej, gazu i innych niezbędnych surowców. Incydent ten skomplikował i tak już napięte wzajemne stosunki radziecko-litewskie, z drugiej zaś strony pokazał trudności, jakie występują w rozpoczętym procesie niepodległościowym w płaszczyźnie politycznej oraz na obszarze ekonomicznym. Wskazał, jak trudno wyjść (opuścić) skomplikowany, tworzony przez pół wieku rynek wzajemnych zależności. Stąd ratunkiem przed zupełnym upadkiem gospodarki litewskiej stał się podpisany 12 kwietnia 1990 roku układ z Łotwą i Estonią, tworzący Bałtycki Wspólny Rynek. Była to próba restauracji postanowień traktatu z 1934 roku o jedności i współpracy tych państw, działaniom którego przewodniczyła Rada Bałtycka. Na mocy tego układu otrzymano pomoc. Był to wyraz usamodzielnienia się tych państw na arenie międzynarodowej. Okazało się to wyraźnie grubo niewystarczające i mimo, że V. Landsbergis często powtarzał wypowiedziane przez litewskiego księcia Giedymina w XIV w. słowa: „Prędzej żelazo zmięknie jak wosk, a woda przemieni się w kamień, nim się poddamy” - to parlament litewski uchwalił kompromisowe moratorium o „czasowym zawieszeniu niepodległości”. Chodziło w praktyce o zawieszenie deklaracji niepodległości na 100 dni. Konsekwencją tego było wznowienie dostaw tak niezbędnych surowców szczególnie w okresie zniw.

Równolegle rozpoczęły się rozmowy radziecko-litewskie, które nie tylko, że nie przyniosły oczekiwanych rezultatów, ale przeciwnie - jeszcze bardziej zaostrzyły i tak przecież napięte wzajemne stosunki. Symbolem tego pozostały boje - od stycznia 1991 r., kiedy to oddziały radzieckie zaatakowały wieżę telewizyjną w Wilnie. 13 stycznia w ich momencie kulminacyjnym zginęło 15 Litwinów. A wyrazem szczególnego poświęcenia i oddania społeczeństwa w sprawie niepodległości pozostała obrona budynku Parlamentu. Świadczyło to również o consensusie głównych sił politycznych Litwy w tym momencie. Jedynie odmienne stanowisko zajmowała mniej liczna część Komunistycznej Partii Litwy, na czele której stał M. Burokiavicius, której wpływy w społeczeństwie były stosunkowo słabe.

Przełomowym momentem, a sprawie litewskiej sprzyjającym, stał się pucz sierpniowy w Moskwie. Podczas jego trwania władze litewskie po raz kolejny - ostateczny - ogłosiły niepodległość Litwy.

Drugie od momentu odzyskania niepodległości wybory parlamentarne odbyły się także w dwóch turach: 25 października - pierwsza i 15 listopada 1992 - druga. W zasadniczy sposób zmieniły one scenę polityczną. Zwyciężyła Litewska Demokratyczna Partia Pracy (73 mandaty), na czele której stoi Algirdas Brazauskas, natomiast przystępujące do wyborów koalicje ugrupowań Sajudis, Karta Obywatelska, Związek Więźniów Politycznych, Partia Zielonych i Sajudis Rolników - 30 mandatów, Partia Chrześcijańsko-Demokratyczna, Litewska Partia Demokratyczna, Związek Więźniów Politycznych i Wygrańców - 18 mandatów, Litewska Partia Socjaldemokratyczna - 8, Litewski Związek Tautininkasów i Partia Niepodległości - 4, a Litewski Ruch Centrum, notabene partia o charakterze liberalnym - 2 mandaty. Pozostałe miejsca w 141-osobowym parlamencie litewskim - Sejmas - uzyskały: Związek Polaków na Litwie - 4, Młoda Litwa, skupiająca głównie młodzież o skrajnie radykalnych i nacjonalistycznych poglądach, wspólnie ze Związkiem Chrześcijańskich Demokratów zdobyły 1 mandat oraz tzw. niezależni także 1 mandat.

Wyniki wyborów stały się poważnym zaskoczeniem nie tylko na Litwie, ale także niemal w całej Europie. Ugrupowanie polityczne, które było promotorem przemian na Litwie - Sajudis i inne ugrupowania satelickie w ciągu dwóch lat utraciły władzę. Splot przyczyn jest złożony, wymaga głębokiej analizy, tak w płaszczyźnie społecznej, politycznej, a nade wszystko gospodarczej. Nie bez znaczenia pozostają problemy nierozwiązanych stosunków narodowościowych. Brak pełnego dostępu do materiałów źródłowych nie pozwala na jednoznaczną opinię, a jedynie można wysuwać hipotetyczne tezy. Kazimiera Prunskienė stwierdziła, że społeczeństwo poczuło się rozczarowane polityką prawicy, która żywiła się konfliktami. Ludzie byli też zniecierpliwieni tym, że grupa rządząca w kółko mówiła o polityce, natomiast w ogóle nie zajmowała się interesującymi przeciętnego obywatela problemami ekonomicznymi (...) Do sukcesu

LDPP przyczyniła się agresywna propaganda Sajudisu, wyzwalająca współczucie dla atakowanych”.⁷

Te drugie wybory odbyły się zgodnie z kolejną ordynacją wyborczą, opartą na zasadach systemu mieszanego. Na zasadzie większości: w 71 okręgach jednomandatowych, w systemie dwutorowym. W pierwszej turze wybrany zostaje ten kandydat, który uzyskuje bezwzględną większość głosów. Jeżeli takiej większości nie uzyskał żaden z kandydatów, wtedy odbywa się druga tura, z udziałem dwóch kandydatów, którzy w pierwszej turze otrzymali największą liczbę głosów. W tej turze zwycięża ten, który otrzymał większość. Druga zasada proporcjonalności, w jednym ogólnokrajowym okręgu wyborczym do podziału pozostaje 70 mandatów. W ogólnokrajowym okręgu wielomandatowym głosuje się wyłącznie na listy partyjne. Do uzyskania mandatu przez listę wyborczą należy przekroczyć próg 4 %, co dla zdecydowanej większości, jako że do wyborów przystąpiło ponad 40 partii, stało się barierą nie do przebycia.⁸ Parlament litewski - Sejmas jest monokameralny, Konstytucja Republiki Litewskiej, uchwalona 6 listopada a przyjęta w referendum 25 października 1992, statuuje czteroletnią kadencję parlamentu. Deputowani wybierani są w wyborach powszechnych, równych, bezpośrednich i w głosowaniu tajnym. Czynne prawo wyborcze posiadają wszyscy obywatele litewscy, którzy w dniu wyborów ukończyli 18 lat. Bierne prawo wyborcze posiada obywatel litewski, który w dniu wyborów ma ukończonych 25 lat, stale zamieszkuje na terytorium Litwy i nie jest związany przysięgą lub zobowiązaniami z innym państwem. Prawa wyborczego nie posiadają osoby ubezwłasnowolnione przez sąd, a także skazani, którzy nie ukończyli odbywania kary orzeczonej przez sąd.⁹

Po tych wyborach, zakończonych tak zdecydowanym zwycięstwem LDPR, powołany został pozaparlamentarny rząd, na czele którego stanął Bronislovas Lubys, jeden z najwybitniejszych ekspertów od spraw gospodarczych; jego kandydatura została w pełni poparta w Sejmie głosami posłów LDPR, socjaldemokracji i frakcji polskiej, natomiast od głosu wstrzymali się posłowie skupieni wokół Sajudisu.

Należy podkreślić, że przeobrażenia gospodarcze w procesie przemian strukturalnych i ustrojowych w porównaniu z innymi państwami, w tym i bałtyckimi (Estonia, Łotwa), przebiegają wolniej. Do końca 1994 roku Litwa „przyciągnęła” z zagranicy 83 dolary w przeliczeniu na 1 mieszkańca, podczas gdy Łotwa – 145 a Estonia 314 dolarów. Przy tym popełniono szereg błędów, jak chociażby te dotyczące rozwiązywania kolchozów w niespełna pół roku, a notabene zatrudniające ok. 1/3 społeczeństwa (ponad milion osób). Bo cóż z tego, że otrzymali zwolnieni po 2-3 ha ziemi, kiedy nie byli na owo przyjęcie ani merytorycznie ani technicznie przygotowani. Poza tym, za tak gwałtownymi posunięciami prywatyzacyjnymi i reprivatyzacyjnymi nie nadążał proces legislacyjny. Władza skoncentrowała swoje działania na kwestiach stricte politycznych, tzn. na walce politycznej, natomiast zaniedbano sferę ekonomiczną, a przez to i socjalną i to nie tylko dotyczącą warunków życia najuboższych grup społecznych, ale także zniknęły z pola widzenia władzy problemy upadających zakładów przemysłowych - symboli gospodarki socjalistycznej - zatrudniające całe rzesze ludności.

Należy podkreślić, że w porównaniu z przebiegającymi procesami transformacji ustrojowej na Łotwie i Estonii, Litwa pozostała w tyle. Tam przebieg zmian jest znacznie szybszy i przynosi wymierne efekty aprobowane przez społeczeństwo, czego nie można powiedzieć o społeczeństwie litewskim, np. w tegorocznych wyborach samorządowych frekwencja wynosiła 42,5 %.

Podobny przebieg miały powszechne wybory prezydenckie (14 lutego 1993), do których przystąpiło dwóch kandydatów: przywódca Litewskiej Demokratycznej Partii Pracy Algirdas Brazauskas, a jego konkurentem był starszy o osiem lat Stasys Lozoraitis - syn przedwojennego dyplomaty, były ambasador Litwy w Watykanie i USA, który zyskał poparcie ze strony tych, którzy obawiali się „powrotu komuny”, bo i takie głosy padały oraz tych, którzy oczekują na „prawdziwe reformy gospodarcze”. Nie wystarczyło to jednak na zwycięstwo w wyborach i prezydentem Litwy został A. Brazauskas, uzyskując ponad 60 % głosów.

Zgodnie z Konstytucją - prezydent, jako głowa państwa, wybierany jest w wyborach powszechnych na 5-letnią kadencję. Na Prezydenta republiki może być wybrany obywatel RL z pochodzenia, który co najmniej przez ostatnie 3 lata zamieszkiwał na Litwie, jeżeli do dnia wyborów ukończy co najmniej 40 lat i jeżeli może być wybrany na posła do Sejmu. Ta sama osoba może być wybierana nie więcej niż na dwie kadencje z rzędu (art. 78 Konstytucji).

Prawo wybierania Prezydenta mają obywatele RL, którzy w dniu wyborów ukończyli 18 lat, w wyborach nie uczestniczą obywatele uznani przez sąd za niezdolnych do czynności prawnych. Jako kandydatów na kandydatów na Prezydenta mogą wysuwać siebie poszczególne osoby, a także partie polityczne i organizacje społeczne. Wniosek (zgłoszenie w charakterze kandydata), dokumenty potwierdzające obywatelstwo i tożsamość kandydata oraz kaucję w wysokości 5 średnich pensji miesięcznych przedkłada się Komisji Wyborczej Prezydenta republiki, która jest najwyższą instancją organizacji wyborów prezydenckich, powołaną przez Sejm, przynajmniej na 45 dni przed wyznaczonym terminem wyborów. Zgodnie z art. 79 Konstytucji, po zebraniu co najmniej 20 tysięcy podpisów wyborców (wówczas zostaje zwrócona cała kaucja osobie, która ją wpłaciła) i spełnieniu warunków wymienionych w art 78 Konstytucji, obywatel może być zarejestrowany jako kandydat na Prezydenta Republiki.

W rozdziale szóstym Konstytucji - Prezydent Republiki, artykuł 84 zawiera jego kompetencje, do których należą:

- rozstrzyga ważniejsze problemy polityki zagranicznej i prowadzi ją wraz z Rządem,

- podpisuje umowy międzynarodowe RL i przedkłada Sejmowi do ratyfikacji,

- na wniosek Rządu mianuje i odwołuje przedstawicieli dyplomatycznych RL w innych państwach i przy organizacjach międzynarodowych; przyjmuje listy uwierzytelniające i odwołujące akredytowanych przy nim przedstawicieli dyplomatycznych innych państw i nadaje najwyższe stopnie dyplomatyczne i tytuły specjalne,

- za zgodą Sejmu mianuje Prezesa Rady Ministrów, powierza mu misję sformowania Rządu i zatwierdza jego skład,

- za zgodą Sejmu odwołuje Prezesa Rady Ministrów,

- z chwilą wybrania nowego Sejmu przyjmuje dymisję Rządu i powierza mu pełnienie obowiązków do czasu powołania nowego Rządu,

- przyjmuje dymisję Rządu i w razie potrzeby powierza mu dalsze pełnienie obowiązków, bądź do czasu powołania nowego Rządu powierza jednemu z ministrów pełnienie obowiązków Prezesa Rady Ministrów; przyjmuje dymisję poszczególnych ministrów i może zlecić im pełnienie obowiązków do czasu mianowania następców,

- w razie dymisji Rządu, nie później niż w ciągu 15 dni, przedstawia Sejmowi kandydaturę Prezesa RM,

- na wniosek Prezesa RM mianuje i odwołuje ministrów,

- w ustalonym trybie powołuje i odwołuje wymienionych w ustawie urzędników państwowych,

- przedstawia Sejmowi kandydatury sędziów Sądu Najwyższego, a po dokonaniu nominacji wszystkich sędziów przedstawia Sejmowi spośród nich kandydaturę Przewodniczącego Sądu Najwyższego; mianuje sędziów Sądu Apelacyjnego i jeżeli zostaną zaakceptowani przez Sejm powołuje spośród nich Przewodniczącego Sądu Apelacyjnego; mianuje sędziów sądów apigardowych i apilinkowych oraz ich przewodniczących, przenosi ich siedziby, a w przewidywanych przez ustawy przypadkach przedstawia Sejmowi wniosek o odwołanie sędziego,

- przedstawia Sejmowi kandydatury trzech sędziów Sądu Konstytucyjnego, a po dokonaniu nominacji, wszystkich sędziów Sądu Konstytucyjnego przedstawia Sejmowi spośród nich kandydaturę Przewodniczącego Sądu Konstytucyjnego,

- przedstawia Sejmowi kandydatury na stanowisko kontrolera państwowego i przewodniczącego Zarządu Banku Litwy; może przedłożyć Sejmowi wniosek o wyrażenie im wotum nieufności,

- za zgodą Sejmu mianuje i zwalnia dowódcę wojska i szefa służby bezpieczeństwa,

- nadaje najwyższe stopnie wojskowe,

- w razie zbrojnej napaści, zagrożenia suwerenności państwa lub integralności jego terytorium, podejmuje decyzje w sprawach obrony przed zbrojną agresją, wprowadzenia stanu wojennego oraz mobilizacji i podjęte decyzje przedkłada do zatwierdzenia Sejmowi na najbliższym posiedzeniu,

- w trybie i w przypadkach przewidzianych przez ustawę wprowadza stan wyjątkowy i podjętą decyzję przedkłada do zatwierdzenia Sejmowi na najbliższym posiedzeniu,

- przedstawia Sejmowi doroczne orędzie o stanie Litwy oraz o wewnętrznej i zagranicznej polityce RL,

- w przypadkach przewidzianych w Konstytucji zwołuje nadzwyczajną sesję Sejmu,

- zarządza wybory zwyczajne do Sejmu, a w przypadkach przewidzianych w art. 58 ust. 2 Konstytucji 1) jeżeli Sejm w ciągu 30 dni od przedstawienia mu programu przez nowy Rząd nie podjął w tej sprawie uchwały, bądź jeżeli w ciągu 60 dni od pierwszego przedstawienia przez Rząd programu, dwa razy z rzędu nie zaaprobował tego programu. 2) na wniosek Rządu, któremu Sejm wyraził wotum nieufności.

Prezydent Republiki nie może zarządzić wyborów przedterminowych do Sejmu, jeżeli do upływu kadencji Prezydenta pozostało mniej niż 6 miesięcy, a także jeżeli nie upłynęło 6 miesięcy od wyborów przedterminowych do Sejmu – wybory przedterminowe do Sejmu.

- w trybie przewidzianym przez ustawę nadaje obywatelstwo Republiki Litewskiej,
- przyznaje nagrody państwowe,
- stosuje prawo łaski wobec skazanych,
- podpisuje i zarządza publikacje ustaw przyjętych przez Sejm lub zwraca je Sejmowi.

Na czele władzy wykonawczej stoi Prezes Rady Ministrów, powoływany przez Sejm na wniosek prezydenta; ministrów powołuje i odwołuje prezydent na wniosek premiera.

Istotnym, oryginalnym rozwiązaniem, wynikającym z założeń Konstytucji, było powołanie Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej, który tworzy przewodniczący (Juozas Ilys) oraz 8 sędziów, mianowanych na 9 lat i tylko na jedną kadencję. Co 3 lata odnowieniu ulega 1/3 część składu. W gestii Sądu Konstytucyjnego leży orzecznictwo:

- o zgodności ustaw z konstytucją,
- zgodności rozporządzeń z konstytucją i ustawami,
- zgodności uchwał Sejmu z ustawami,
- zgodności dekretów prezydenckich z konstytucją i ustawami.

Orzeczenie o niekonstytucyjności ustaw, rozporządzeń czy dekretów, mają moc ostateczną i obowiązującą i nie mogą być kwestionowane przez Sejm. Każdy akt prawny uznany za niekonstytucyjny traci moc następnego dnia po opublikowaniu orzeczenia Sądu Konstytucyjnego.

Natomiast druga grupa zagadnień kompetencyjnych Sądu Konstytucyjnego dotyczy takich spraw, które Sąd ma prawo składać Sejmowi w formie wniosków, które nie mają mocy obowiązującej. Dotyczy to trzech grup zagadnień:

1) stanu zdrowia prezydenta, umożliwiającego mu pełnienie obowiązków lub nie,

2) oceny przestrzegania prawa wyborczego podczas wyborów do parlamentu albo wyborów prezydenckich,

3) zgodności z konstytucją projektów umów międzynarodowych.

Z wnioskiem o pociągnięcie do odpowiedzialności konstytucyjnej może wystąpić: Sejm, na podstawie uchwały przyjętej zwykłą większością głosów, grupa deputowanych, stanowiąca co najmniej 1/5 składu Sejmu, Prezydent, wszystkie sądy powszechne: pierwszej instancji działające na poziomie gminy (rejonowe tzw. apilinki), okręgowe, apelacyjne oraz Sąd Najwyższy.

Trzeba podkreślić duże zaawansowanie dyskusji nad określonymi rozwiązaniami ustrojowo-prawnymi (np. ciekawy projekt ustawy o ombudsmanie), ale także pojawiają i dość kontrowersyjne rozwiązania, jak chociażby ustawa o areszcie prewencyjnym z lipca 1993 r., zgodnie z którą osoby podejrzane mogą być zatrzymane bez oskarżenia na okres 2 miesięcy. Stosowanie aresztów prewencyjnych budzi dość poważne zastrzeżenia ze strony wielu prawników, przestrzegających przed niebezpieczeństwem pomyłek i zatrzymań osób niewinnych. Twierdzą także, że mogłoby to poważnie podważyć i tak nikłe zaufanie społeczeństwa do instytucji wymiaru sprawiedliwości. Przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości z kolei przekonują o pozytywnych efektach twierdząc, że sytuacja kryminogenna w niektórych miastach uległa poprawie, osoby poszkodowane nie obawiają się składania zeznań, wreszcie pozwala to na bardziej operatywne prowadzenie śledztwa i wszczynania spraw karnych. Podkreśla się także, że krok ten podyktowany był wyjątkowymi rozmiarami działalności przestępczej, jaka wystąpiła w okresie transformacji ustrojowej.

Brak, jest jak dotychczas, głębokich analiz naukowych sytuacji prawno-ustrojowej, rozwijającej się na Litwie w okresie transformacji ustrojowej. Dominują publicystyczne, przyczynkarskie artykuły, grzeszące ogólnikowością, a to z kolei wypływa z braku odpowiednich źródeł. Pociuszające jednak jest to, że z biegiem czasu przybywa analiz, jest pełniejszy dostęp do źródeł, a to oznacza, że cel naukowy - tzn. wyjaśnienie prawdy - staje się bliższy. W przedstawionym opracowaniu wskazałem jedynie na złożoność zachodzących procesów, wskazując moim zdaniem na najważniejsze. Stąd dokonując re-suma'e, należy wskazać na zasadnicze następujące olbrzymie problemy, które władze Litwy, elity intelektualne, po prostu społeczeństwo musi rozwiązać; stanowią one moim zdaniem warunek sine qua non Litwy jako suwerennego, niepodległego państwa, członka europejskiej wspólnoty.

I. Wydaje się, iż jedynym jednoczącym Litwinów motywem, elementem staje się skrajny nacjonalizm, lansowany początkowo przez Sajudis, obecnie Związek Ojczyźniany, pozostający pod przewodnictwem Vytautasa Landsbergisa, który - jak słusznie zauważył T. Venclova - „zasłuzenie piastował rangę pater patriae i miał poważną szansę zająć szlachetne miejsce w historii Litwy. Niestety, z własnej winy utracił tę szansę. Niewiele już brakuje, aby stał się postacią tragicomiczną. Historyczny kult wodza, podsycany przez prasę prawi-cową i emigracyjną, zdecydowanie pogarsza jego reputację. Próżność jest jego cechą wyróżniającą się”. To należy przezwyciężyć, wyzbyć się tego.

II. Ruso-Polako-Żydo-fobia - to problem sporów, konfliktów z Rosjanami, Polakami i Żydami, konsekwencjami wpływającymi z pkt I. Ukształtowane historycznie urazy i uprzedzenia w dalszym ciągu pozostają aktualne. Na szczęście samym Litwinom, jak i państwu litewskiemu, nie wszystkie siły i ugrupowania polityczne, w tym rządzące obecnie, stoją na tak jednoznacznie skrajnym stanowisku. Wymaga to głębokich dyskusji merytorycznych, wewnętrznych, w samym środowisku naukowym, intelektualnym Litwinów, jak również

przeniesienia ich jednak na stosunki międzypaństwowe, a katalog problemów powinien być następujący:

A. Rzetelna analiza i próba oceny najnowszej historii Litwy: okresu stalinizmu 1940-1953; procesy rusyfikacyjne, ich nasilenie i osłabienie, rola - ale i partycypacja - intelektualistów, inteligencji w tym procesie, znaczenie i rola Komunistycznej Partii Litwy, w tym i samego Algirdasa Brazauskasa, a może przede wszystkim próba odpowiedzi na stawiane często przez V. Landsbergisa pytanie: „Komunizm umarł, ale kto widział trupa?”. Przy tej analizie należy także określić rolę, znaczenie grup, osób pozostających poza oficjalnym życiem politycznym, wiernych Litwie historycznej, tej okresu międzywojennego, w tym może przede wszystkim roli samego V. Landsbergisa

B. Socjologiczna, a może i psychologiczna analiza świadomości narodowej Litwinów w końcu XX wieku, a w tym problem stosunków do mniejszości narodowych oraz określenie ich miejsca w strukturze państwa litewskiego

C. Problem wzajemnych stosunków litewsko-rosyjskich, litewsko-radzieckich i ponownie litewsko-rosyjskich, problem mniejszości rosyjskiej we współczesnej Litwie: próba wyjaśnienia tak skrajnie funkcjonujących postaw i poglądów antyrosyjskich

D. Stosunki polsko-litewskie - ogromnie złożony problem wzajemnie wspólnej historii, począwszy od unii krewskiej, a skończywszy na roli Armii Krajowej na Wileńszczyźnie - czyli aspekt historyczny,¹⁰ a z zagadnień współczesnych - rola i miejsce 300-tysięcznej mniejszości polskiej na Litwie¹¹

E. Kwestia żydowska - kolejny złożony problem, o którym wspomniano w sposób szczególny podczas tegorocznej wizyty prezydenta Litwy A. Brazauskasa w Izraelu. Trzykrotnie: na przyjęciu u prezydenta Izraela Weizmana, po zwiedzeniu muzeum zagłady w Yad Vashem i w Knesecie - prezydent Litwy prosił o przebaczenie za udział niektórych Litwinów w eksterminacji Żydów podczas hitlerowskiej okupacji. Wymowne było przemówienie w parlamencie

izraelskim: „Pamięć o cierpieniach i męczeńskiej śmierci setek tysięcy Żydów, którzy od wieków żyli na Litwie, nie pozwala wielu moim rodakom żyć w zgodzie z własnym sumieniem. Wciąż powraca pytanie, dlaczego? I na to pytanie musimy sobie sami szczerze i bez niedomówień odpowiedzieć”. Tak więc początek zrobiono.

Można byłoby mnożyć ów katalog, jednak powyższe zagadnienia pozostają najważniejsze i nie mogą czekać na zbyt odległe rozwiązanie¹².

Przypisy

1. Tomas Venclova, ur. w 1937 w Kłajpedzie, ukończył Uniwersytet Wileński, od 1977 przebywa na emigracji w Stanach Zjednoczonych, obecnie wykładowca literatury na uniwersytecie w Yale. Dość złożone życie wynikało m.in. z konfliktu osobistego z ojcem Antonasem Venclova, znanym działaczem aparatu partyjnego KPL, poza tym był autorem hymnu Litewskiej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej.

T. Venclova debiutował jako poeta w 1957 r., poza tym tłumaczył na litewski Norwida, Miłosza, Herberta, Pasternaka, Brodskiego, Eliota, Joyce'a. 24 października 1991 otrzymał tytuł doctora honoris causa Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

2. T. Venclova, Litewskie rozrachunki, „Gazeta Wyborcza” 7-8 stycznia 1995 nr 4, s. 14-17.

3. P. Łossowski, Kraje bałtyckie na drodze od demokracji parlamentarnej do dyktatury 1918-1934, Wrocław 1972.

4. Algirdas Brazauskas ur. w 1932 r., ukończył Politechnikę Kowieńską, zdobywając tytuł inżyniera, a następnie kandydata nauk ekonomicznych, po studiach pracował w kierownictwie budowy kowieńskiej elektrowni wodnej. Od 1965 r. pracował w aparacie partyjnym.

5. Na uwagę zasługują następujące prace: J. Bardach, Polacy a narody Litwy historycznej, *Kultura i Społeczeństwo* 1994 nr 2, s. 35-52; A. Bobrus, Polacy i Litwini Kierunki” 1984 nr 8, s. 4; P. Łossowski, *Gazeta „Aušra” i początek narodowego ruchu litewskiego 1883-1886, Studia z dziejów ZSRR i Europy środkowej* t. 1, Wrocław 1965, s. 81-127, J. Ochmański, *Litewski ruch narodowo-kulturalny w XIX w.*, Białystok 1965.

6. W. Lamentowicz, Nowa Litwa - partie i ruchy polityczne, „Lithuania” 1990 nr 1, s. 27-33.

7. Cytuję za: Gazeta Wyborcza” 2.XI.1992 nr 258, s. 9.

8. Zaniepokojone wynikami I tury wyborów partie, ugrupowania prawicowe wymusiły na państwowej komisji wyborczej przesunięcie terminu II tury wyborów, a było o co walczyć, pozostało 57 mandatów do zdobycia.

9. K. Grajewski, Status prawny członka Sejmu Republiki Litewskiej (zagadnienia wybrane), „Przegląd Sejmowy” 1995 nr 1, s. 47-56 oraz Konstytucja Republiki Litewskiej przyjęta przez referendum przeprowadzone 25 października 1992 roku, Warszawa 1994.

10. J. Bardach, Polacy a narody Litwy historycznej... jw. s. 35-52, J. A. Gierowski, O nowe ujęcie dziejów Rzeczypospolitej polsko-litewskiej, w: Polska - Kresy - Polacy pod red. S. Ciesielskiego, T. Kulak, K. Matwijowskiego, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1994, s. 5-14.

11. A. Bobrus, Kształtowanie się statusu obywatelskości Polaków na współczesnej Litwie, w: Człowiek jako obywatel pod red. M. Szyszkowskiej, ISP PAN, Warszawa 1995, s.. 273-281.

12. Por. T. Venclova, Litewskie rozrachunki... jw. s. 14-17 oraz T. Venclova, Ojczyzna Litwa, „Regiony” 1992 nr 1, s. 138-141.

PROBLEM PRAWA NATURY

Powstanie teorii głoszących istnienie prawa natury (naturalnego) nazwałabym reakcją uogólniającą. Odczuwanie danej sytuacji jako ujemnej, niezadowolającej, prowadzi do tego, że stan przeciwny staje się wartością i celem dążeń, ideałem. Nie jest przypadkowe, że pierwsze i drugie odrodzenie teorii prawa natury wystąpiło odpowiednio po I i II wojnie światowej. Kataklizmy dziejowe oraz przejawy niesprawiedliwości społecznej - nawet jeśli są ubrane w formę prawa - prowadzą do uświadomienia sobie przez uciskanych, że ich prawa zostały zdeptane. Prowadzą więc do poznania, że są jakieś prawa człowieka, które przez każdy system prawa pozytywnego winny być respektowane. Sytuacje graniczne wzmagają odwoływanie się do sprawiedliwości, potęgują znaczenie poczucia słuszności. Właśnie prawo natury bywa określane współcześnie następująco: prawa człowieka, podstawowe wartości, sprawiedliwość ponadustawowa, poczucie słuszności, prawo pierwiastkowe, wytyczne dla życia w społeczeństwie, etc. Prawo natury jest wyłączone ze sfery tych międzyludzkich stosunków, które są zależne od wyników głosowania czy innych decyzji podejmowanych w drodze jakichś negocjacji.

Problem prawa natury jest od początku dziejów człowieka istotnym zagadnieniem. Nie znaczy to, że teorie prawa natury były zawsze reprezentatywne dla określonego czasu. Zdarzało się, że inne nurty zwalczające teorie prawa natury, osiągały dominujące znaczenie. Ale nie przesądziły one o zaniknięciu tendencji prawnonaturalnych.

W polskiej powojennej literaturze naukowej spotyka się wiele poglądów krytycznych wobec prawa natury. Ale z reguły dotyczą one tradycyjnej, arystotelesowsko-tomistycznej teorii tego prawa. Stwarza

to pozór jakoby była to jedyna możliwa teoria tego prawa. Narosły u nas, w rezultacie, nieporozumienia, a mianowicie wytworzyło się błędne przekonanie o rzekomo religijnym charakterze teorii prawa natury. To błędne mniemanie ugruntowuje w Polsce fakt, że poza sformułowaną przeze mnie w duchu kantowskim wersją teorii prawa natury pozostałe stanowiska głoszące istnienie prawa natury powstały u nas po ostatniej wojnie na gruncie tomizmu.

Problem prawa natury stanowi przedmiot zainteresowania specjalistów wielu dziedzin: filozofów prawa, etyków, teologów, irenoligów, filozofów kultury, jak również filozofów polityki. Zdarza się, że odmiennym nieraz treściom nadaje się nazwę: „prawa natury”. Treść pojęcia prawa natury zmieniała swoje znaczenie nie tylko w kolejnych okresach dziejów, ale ma różny sens w teoriach formułowanych w tym samym czasie i w takich samych okolicznościach społeczno-ekonomiczno-kulturowych. Dodam też, że elementy teorii prawa natury występują nieraz nawet i w tych systemach, które nominalnie odzęgnują się od tej koncepcji. W polskiej powojennej literaturze naukowej dochodzi najczęściej do głosu przekonanie o ściślejszej zależności między warunkami społeczno-ekonomicznymi a teoriami prawa natury. Historycy doktryn politycznych i prawnych wyodrębniają na przykład teorie prawa natury okresu niewolnictwa, feudalizmu, kapitalizmu oraz epoki współczesnej. W moim przekonaniu nie wyjaśnia to sensu poszczególnych propozycji prawnonaturalnych. Również podobnie oceniam podział teorii tego prawa na kosmiczno-teologiczną teorię prawa natury w starożytności, psychologiczno-teologiczną teorię św. Augustyna, bytowo-analogiczną teorię św. Tomasa z Akwinu oraz epistemologiczno-idealisticzną teorię szkoły prawa natury XVII i XVIII wieku. Ta ostatnia klasyfikacja pochodzi ze środowiska polskich tomistów.

Rozważania o prawie natury (naturalnym) - odmiennym od praw przyrody oraz od praw pozytywnych, stanowionych przez poszczególne państwa - były oceniane w polskiej powojennej literaturze marksistowskiej z punktu widzenia kryteriów społeczno-politycznych.¹ Marksistowskie teoretycy prawa² uznawali je za zbędne spekulacje.

W latach pięćdziesiątych - wyłączając KUL - zlikwidowano u nas katedry filozofii prawa. Krąg filozofów prawa jest więc w Polsce bardzo nieliczny. Myśl filozoficznoprawna jest wspomagana u nas pracami tych teoretyków prawa, którzy przybliżają współczesne dokonania w tej dziedzinie mające miejsce w innych krajach.³ Czynią to w sposób polemiczny, krytyczny. Jeśli ich prace są inspiracją dla poszukiwań prawnonaturalnych - to na zasadzie negacji krytyki. Wspomaganie filozofii prawa płynie również ze strony niektórych filozofów chrześcijańskich nie zajmujących się bezpośrednio filozofią prawa. Mam tu na myśli przede wszystkim Czesława Strzeszewskiego. Należy też podkreślić istotne znaczenie J.L. Seidlera dla odrodzenia filozofii prawa w Polsce. Dziedzina ta wiąże się z problemem prawa natury do tego stopnia, że niektórzy - by wymienić G. Kalinowskiego - uznają za możliwe przywrócenie dawnej nazwy na określenie filozofii prawa: nauka prawa naturalnego.

Grzegorz L. Seidler pisał w latach siedemdziesiątych - zajmując odosobnione stanowisko wśród marksistów - że „... teoria prawa stanowi w zasadzie podstawę wykształcenia prawniczego, natomiast filozofia prawa winna przede wszystkim wychowywać w określonym systemie wartości”.⁴

W literaturze naukowej wyróżnia się obecnie następujące źródła prawa natury: Bóg, istota człowieka, rozum człowieka, bądź jego godność. Na ogół w polskiej powojennej literaturze naukowej dyskusje dotyczą tych teorii prawa natury, które jako ostateczne źródło tego prawa uznają Boga. Rodzi to często błędne mniemanie o koniecznym związku wszelkich teorii prawa natury z wiarą religijną.

Pogląd na temat źródła prawa natury rzutuje na sposób jego pojmowania. Mianowicie teorie, które przyjmują, że źródłem prawa natury jest istota człowieka, wskazują zarazem, że istnieje ono niezależnie od ludzkiej woli i świadomości, a więc w sposób obiektywny.

Teorie, które przyjmują, że źródłem prawa natury jest rozum ludzki, pojmują to prawo jako zależne w swoim istnieniu od człowie-

ka. Taka zależność jest przeciwstawna obiektywności głoszonej m.in. przez teorie, które odwołują się do istoty człowieka.

Zwolennicy odwoływania się do godności człowieka podkreślają jej nadprzyrodzony charakter i stworzenie człowieka na podobieństwo Boga. Religijne uzasadnienie godności człowieka zbliża te teorie do grupy tych tradycyjnych, które wskazują Boga jako ostateczne uzasadnienie prawa natury. Godność, uznana za źródło prawa natury nie jest bliżej określana w tych teoriach które nie odwołują się do wiary religijnej.

Niezależnie jednak od dyskusji na temat źródła prawa natury stanowi ono uzasadnienie dla działań w obronie najwyższych wartości ludzkich. Tworzy bowiem wspólną płaszczyznę możliwą do przyjęcia przez przedstawicieli odmiennych stanowisk wyznaniowych czy światopoglądowych. Dialog jest możliwy niezależnie od odmiennych poglądów na temat źródła natury, jego sposobu istnienia, czy stopnia zmienności. Jest on możliwy niezależnie od tego, czy pojmuje się to prawo jako zespół norm, czy też ideę, wytyczne lub zespół powinności, które w danym czasie i w danym społeczeństwie należałoby urzeczywistnić.

Współcześnie samo zagadnienie istnienia prawa natury nie stanowi przedmiotu szczególnego zainteresowania. Zmierza się nie tyle do udowodnienia, że prawo to w ogóle istnieje - ile do ustalenia jego zmiennego bądź niezmiennego charakteru, jak również m.in. rozstrzygnięcia, czy jest normą, czy ideałem, postulatem. Być może obecny okres wzmożonych dociekań nad prawem natury sprawia, że szczególnie zainteresowanie budzi pytanie, jakie ono jest i jaką pełni rolę - nie zaś, czy istnieje.

W książce „Z zagadnień filozofii prawa” G.L. Seidler zwraca uwagę na rysującą się, w okresach silnych napięć i konfliktów społecznych, sprzeczność między prawem obowiązującym a poczuciem sprawiedliwości. Owe idee sprawiedliwości nabierają cech wzniosłości i godne są ofiar oraz poświęcenia. Tworzy się wówczas poczucie istnienia innego prawa niż ustawowe. Prawo natury czyli naturalne -

jeśli wzorem wielu dzisiejszych teorii uznać je za twór świadomości człowieka - spełnia doniosłą funkcję społeczną. Również więc ze względu na jego praktyczne znaczenie warto wskrzesić w szerszej skali odpowiadającą mu dziedzinę nauki.

Artykuł 5 kodeksu cywilnego przewiduje m.in., że jeśli ktoś czyni ze swego prawa użytek, który byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, to tak postępując nie może korzystać z ochrony prawa. Takie działanie lub zaniechanie nie jest uważane za wykonywanie prawa. Nie wolno więc uzasadniać swego postępowania jedynie formalistycznym powołaniem się na ustawy, jeśli narusza się czyjś interes.

Artykuł 5 ogranicza prawo danej jednostki, biorąc pod uwagę prawo innej czy innych. To ograniczenie uprawnień człowieka przez wzgląd na uprawnienia innych ludzi jest wyrazem dążenia do zapewnienia w praktyce każdemu jednakowych praw i harmonii wewnątrzspołecznej. Artykuł ten określa granice, w jakich mogą być wykonywane prawa podmiotowe. Na przykład żądanie eksmisji lokatora z powodu niepłacenia przez niego czynszu - mimo formalnej podstawy prawnej oraz orzeczenia eksmisji - może zostać przez sąd oddalone na podstawie art. 5 kc., jeśli zachodzą szczególne, niezawinione przez najemcę okoliczności, np. trudna sytuacja życiowa.

Zasady współżycia społecznego określają granice, w jakich jest dozwolone wykonywanie praw podmiotowych. Sądy są obowiązane kierować się zasadami współżycia społecznego przy ocenie, czy dany człowiek korzysta z przysługującego mu prawa w sposób zgodny z tymi zasadami. Komentarz (z 1972 roku) do kodeksu cywilnego stwierdza, że „mimo doniosłej roli, jaką zasady współżycia społecznego odgrywają w naszym systemie prawnym, ich natura nie została dotychczas bez reszty przez naukę polską oraz orzecznictwo sądu wyjaśniona. W doktrynie istnieje jednomyślność co do tego, że zasady współżycia społecznego są normami postępowania ludzkiego różnymi od norm prawnych”.

W świetle tego komentarza, w teorii zasad współżycia społecznego stają się dostrzegalne pewne elementy prawnonaturalne. Poglądy sędziów - orzekających w I instancji - na to, czym są zasady współżycia społecznego, stanowią następnie przedmiot oceny sądów wyższej instancji w postępowaniu rewizyjnym. Zaznacza się więc duże znaczenie elementu pozaprawnego oceny sądów wyższej instancji w postępowaniu rewizyjnym. „Mimo istnienia ogólnie znanych wspólnych zasad interpretacji prawa w kapitalizmie i socjalizmie należy pamiętać, że wyjaśnienia ustaw w kraju socjalistycznym opiera się w większym stopniu na metaprawnych elementach”⁵ - pisał były dziekan Wydziału Prawa w Toruniu. Wyraża on też ze wszelkich miar słuszne przekonanie, że „umniejsza tradycyjne walory prawa” odsuwanie w pewnych wypadkach elementów prawnych - na korzyść elementów polityki reprezentowanej przez władzę i jej ideologię.

Istotne znaczenie ma rozróżnienie obowiązującego, choćby nieodpowiedniego prawa, pozostającego jednak prawem, oraz prawa natury, pojmowanego jako miara prawa tu i teraz stanowiącego. Ustawodawca ma poszukiwać - uwzględniając zmieniające się warunki życia - prawa słusznego, które zaczyna obowiązywać jednostki dopiero po ustanowieniu. Niezmienny ideał prawa byłby szkodliwy, bowiem potrzeby i sposób ich zaspokajania zależą od przeobrażających się warunków i okoliczności życia społecznego.

Projekty ustaw, zawierających słuszne prawo - inne niż to aktualnie obowiązujące - mogą być cennym kierunkowskazem, bez którego następuje rozproszenie energii społeczeństwa. Prawo *de lege ferenda*, prawo, jakim być ono powinno, odbiega nieraz znacznie od obowiązującego ustawodawstwa. Słynna w Europie i poza jej kontynentem rozprawa G. Radbrucha, opublikowana po II wojnie światowej, „*Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*”,⁶ wskazuje na bezmiar zła spowodowany panowaniem nieograniczonej niczym zasady *Gesetz ist Gesetz* oraz *Befehl ist Befehl*. Rozważając okres hitleryzmu autor stwierdza, że przestrzeganie prawa nie zawsze przynosi korzyści narodowi. Nie znajduje przy tym uzasadnienia dla przestrzegania prawa niesprawiedliwego, ponieważ jego charakter prawny

budzi wątpliwości. Celem prawa, poza sprawiedliwością ma być stworzenie poczucia bezpieczeństwa i niesienie pożytku społeczeństwu, nie zaś zaspokojenie potrzeb panujących. Samowolnie stanowione ustawy, nie gwarantujące ludziom podstawowych praw, a przeciwnie - przeczące im, nie mogą obowiązywać prawników.

Wydaje się trudny do utrzymania pogląd wielu autorów - u nas na przykład K. Opałka w książce „Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki”⁷ - że wzmożenie dociekań prawnonaturalnych po II wojnie światowej nastąpiło w rezultacie piętnowania ustawowej niesprawiedliwości. Twierdząc tak, nie bierze się pod uwagę, że w III Rzeszy trudno dopatrzeć się panowania pozytywizmu prawnego, skoro odwoływano się do woli wodza jako instytucji nadrzędnej wobec ustanowionego systemu prawa pozytywnego. Ponadto trzeba brać pod uwagę, że w literaturze tego kraju zaznaczyły swoją obecność wyraźnie teorie prawa natury. Narodowosocjalistyczne prawo natury nie jest - jak pisał teoretyk prawa natury tych czasów, H. Dietze⁸ - ani katolickie, ani ewangelickie, lecz niemieckie. Prawo natury w myśl narodowosocjalistycznej teorii nie miało charakteru uniwersalnego zajmując miejsce pośrednie między niereczywistym indywidualizmem i niejasnym uniwersalizmem. Było to prawo natury wspólnoty niemieckiej, którego podstawową zasadą miało być zachowanie narodowości niemieckiej za wszelką cenę. To, co korzystne dla narodu, traktowano jako zgodne z prawem natury, a wszystko co szkodliwe - jako bezprawie, choćby było to harmonijne z nakazami prawa pozytywnego.

Drugie odrodzenie prawa natury rozpoczęło się jeszcze w czasie trwania II wojny światowej. Pierwszym jego ośrodkiem były Stany Zjednoczone Ameryki Północnej, ale nie było ono dziełem amerykańskich filozofów prawa, lecz tych europejskich, którzy schronili się w USA. Zwrócili się oni ku badaniom prawa natury, wiążąc swoje trudne przeżycia i doświadczenia z panowaniem pozytywizmu prawnego. W rezultacie powstało wiele odmian teorii prawa natury o zmiennej treści, utworzonych na gruncie rozmaitych nurtów filozofi-

cznych; tomiści i augustyniści, jak również tomiści nawiązujący do fenomenologii doprowadzili do powstania teorii dynamicznych.

Prawdopodobnie zawsze będzie tak, że jedni będą skłonni do przyjęcia istnienia prawa natury, podczas gdy inni będą głosić jego nieistnienie. Słowa B.J. Gaweckiego, które zacytuję, można odnieść do zagadnienia prawa natury: „Nie wiemy, i nie będziemy wiedzieli, czym jest w swojej istocie świat, czym jest życie i człowiek, więc chcemy, musimy w coś uwierzyć: wierzenia, dotyczące istoty rzeczy, mają za zadanie uzupełnić obraz świata, jaki dać mogą nauki szczegółowe. (...) Dążenie do pełni poznania nie jest zjawiskiem czysto i wyłącznie intelektualnym: przejawia się w nim również uczuciowa natura człowieka i pragnienie oparcia postępowania na jakiejś zasadzie, którą człowiek mógłby przyjąć całym swym jestestwem”⁹.

Zgadzam się z A. Verdrossem, który w swoich dziełach¹⁰ i w wywiadach¹¹ dawał wyraz przekonaniu, że prawo natury ma dziś większe znaczenie niż w czasach dawniejszych, ponieważ jesteśmy bardziej świadomi swoich współzależności i pragniemy, by państwa miały na uwadze powszechne dobro ludzkości. A właśnie prawo natury wszystko odnosi do człowieka jako punktu i najwyższego. Oparte na godności człowieka, jego prawa znajdują wyraz - zdaniem A. Verdrossa - w aktach prawnych. Ale trzeba by sformułować pytanie: czy oddziałuje prawo natury, czy może oddziałują jedynie teorie tego prawa?

Charakterystyczną właściwością wszelkich teorii prawa natury jest odwoływanie się do rozumu człowieka. Wskazywanie na godność człowieka przez teorie dynamiczne nie przekreśla udziału rozumu w poznawaniu tego prawa. Trzeba jedynie pamiętać, że w wypadku teorii, które głoszą absolutną niezmienną prawa natury, czyli teorii statycznych, rozum poznaje istniejące i gotowe prawo natury. Natomiast w myśl teorii prawa natury o zmiennej treści, rozum jest siłą powołującą to prawo do istnienia i zarazem poznającą je. Teorie dynamiczne, głosząc, że natura ludzka nie zmienia się w swojej najgłębszej istocie, ale podlega ewolucji, również angażują rozum do odkrywania rozwojowych treści tego prawa. Uzgadnianie prawd ro-

zumu z Objawieniem jest znamienne dla części teorii przyjmujących rozwijającą się treść prawa natury.

Teorie prawa natury o zmiennej treści oraz dynamiczne teorie prawa natury, różniąc się między sobą, są zarazem zbieżne w tym, że zobowiązują jednostki do uznawania wzajemnie swoich indywidualności. Prawo natury pojęte czy to jako zespół wartości do spełnienia, czy też jako zespół norm, określa ramy zachowań i nadaje kierunek działaniom człowieka. To przekonanie towarzyszy dynamicznym teoriom prawa natury, jak również teoriom prawa natury o zmiennej treści. Jedne i drugie w życiu społecznym mają pełnić rolę analogiczną do ideału „ja” w życiu jednostkowym.

U podłoża teorii prawa natury o zmiennej treści oraz dynamicznych teorii prawa natury znajduje się obraz człowieka nękanego dążeniami i pragnieniami niemożliwymi ostatecznie do urealnienia. Wiążą się te teorie z przekonaniem, że pewne wartości są niezbywalne, jeśli mamy się czuć człowiekiem. Wyrażają oczekiwanie idealnych rozstrzygnięć istnienia zbiorowego nie tylko w teorii, ale i w życiu. Uznają, że nie rozkaz, lecz porozumienie obywateli i ich wola ma być tworzywem państwa.

Teorie prawa natury - niezależnie od tego, czy przypisuje mu się zmienną, czy rozwijającą się treść - głoszą, że każdemu człowiekowi jest niezbędny pewien zasięg wolności o indywidualnej treści. Poczucie sensu życia w myśl tych teorii staje się wyraziste wówczas, gdy oddajemy się czemuś, co przekracza wymiar codziennego doświadczenia. I zarówno człowiek, jak i te dążenia ujmowane są - przez prawa natury o zmiennej treści i dynamiczne teorie prawa natury - w kategoriach rozwoju.

Teorie prawa natury - niezależnie od tego, czy przypisuje mu się (1) zmienną, czy (2) rozwijającą się, czy (3) niezmienną treść - wskazują, że należy przekraczać wymiar codziennego doświadczenia. Mogą one stawać się punktem oparcia dla jednostek i dla społeczeństw. Natury religijne, bądź wychowane w tradycjach kultywowania takich wartości, poszukują oparcia w Bogu. Dla innych punktem odniesienia

bywa człowiek, bądź twórczość. Są też jednostki, które oparcie znajdują w wartościach uważanych przez siebie za jedynie słuszne. Jedną z takich wartości jest sprawiedliwość, inne nazwanie prawa natury.

Teorie prawnonaturalne można uznać za rodzaj ideologii, bowiem na ich podstawie niektórzy formułują programy polityczne i społeczno-ekonomiczne. Od zarania dziejów ludzkości ideologie usiłują decydować o naszych losach. Myśliciele nie przewidywali całości skutków, które teorie ich wywołały. Ale niezależnie od klęsk i porażek, wizje sprawiedliwego ustroju społecznego ukierunkowują nagromadzoną energię jednostek, wyobraźnię i wytrwałość.

Być może wojny światowe i popełniane zbrodnie zmusiły niemal wszystkie systemy do zbliżenia się ku prawu natury, gdyż same podstawy ludzkiej egzystencji zostały zakwestionowane. Niezależnie od negowania istnienia prawa natury przez niektóre systemy filozoficzne, prawo to odgrywa niezaprzeczalną rolę w międzynarodowej praktyce państw.

Zasady, na których oparta jest Karta NZ, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości oraz Karta Trybunału Norymberskiego są w każdym razie - formułując ostrożnie - oddalone od założeń pozytywistycznych. U podstaw tych dokumentów tkwi przekonanie, że uznanie godności wszystkich osób oraz ich równych i nienaruszalnych praw stanowi fundament wolności, sprawiedliwości i pokoju w świecie.

Zgodnie z zasadą pozytywizmu, państwo suwerenne jako podmiot prawa międzynarodowego nie ma żadnych zobowiązań poza tymi, które wyraźnie przyjęło. W świetle tej zasady wyrok Trybunału Norymberskiego nie może mieć wartości prawnej i nie może stanowić precedensu, dopóki większość państw nie uzna jego legalności. Zgodnie z rygoryzmem pozytywistycznym, Trybunał nie mógł uzyskać jurysdykcji dla sądenia przywódców Niemiec hitlerowskich, jeżeli Niemcy nie uznały tego Trybunału. Sprzeczne też z zasadmi pozytywizmu jest działanie wstecz prawa norymberskiego, to znaczy uznanie *ex post facto*. Prawo norymberskie opiera się na założeniu,

że konieczne jest przestrzeganie zasad sprawiedliwości - inaczej prawa natury, że takie zasady stanowią źródło prawa. To, co zostało wyraźnie potępione w Karcie i wyroku Trybunału Norymberskiego, było uznawane przez opinię światową jako przestępstwo na długo przed ich ogłoszeniem. Trzeba też zaznaczyć, że Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej, a potem Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, przyjął za źródło prawa międzynarodowego „ogólne zasady prawa uznawane przez narody cywilizowane” (punkt c art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości). Te ogólne zasady prawa łączą z prawem natury wybitni znawcy prawa międzynarodowego jak: Francuz Le Fur, Belg de Vischer, Austriak Verdross.

Niewątpliwe jest to, że w czasie ostatniej wojny nastąpiło przesunięcie ochrony praw człowieka z forum prawa krajowego na forum międzynarodowe. Nowe prawo oparte na zasadzie ludzkiej godności utworzyła Karta Atlantycka, która zmierzała ku temu, by fundamentalne swobody zagwarantować wszystkim ludziom we wszystkich krajach. Karta Narodów Zjednoczonych włączyła postanowienia o poszanowaniu elementarnych swobód jednostki do rzędu podstawowych zasad prawa międzynarodowego.

Zgodnie z uchwaloną przez ONZ w 1948 roku Powszechną Deklaracją Praw Człowieka oraz zasadami prawa norymberskiego, człowiek winny ludobójstwu, niehumanitarnego obchodzenia się z ludźmi, nie może zasłaniać się rozkazem zwierzchnika ani przepisem prawnym. Wszelkie odstępstwo od tych zasad poczytywane jest za zbrodnię, której nie mogą usprawiedliwiać żadne obowiązujące systemy prawne. Oba wymienione akty prawne uznają tym samym istnienie norm nadrzędnych w stosunku do norm stanowionych przez określoną władzę państwową: otóż te nadrzędne normy można nazwać prawem natury.

Dzieje ludzkości można rozpatrywać jako ścieranie się tendencji prawnonaturalnych z pozytywistycznymi, które głoszą, iż nie ma innego prawa natury niż ustanowione przez władzę państwową. Pierwsze teorie prawa natury sformułowane zostały w czasach starożyt-

nych i teorie te nie tylko nie zanikły do dnia dzisiejszego, ale - jak wskazuje na to życie publiczne obecnie w Polsce - nasiliły się wyraźnie po 1989 roku. Zawarte w nich poglądy są wyrazem dążeń i oczekiwań człowieka określonej epoki.

W połowie naszego stulecia powstały nowe, tzw. dynamiczne teorie tego prawa głoszące, że ma ono rozwijającą się treść. Niektórzy twierdzą, że prawo natury jest normą postępowania - zaś inni pojmują je jako ideał wyznaczający kierunek wysiłków człowieka. Mimo tych rozbieżności wszelkie prawa natury są wyrazem poszukiwań trwałych wartości, w zależności od których pozostawałyby systemy prawne poszczególnych państw. Odwoływanie się do tego prawa nie ustanie dopóki podejmowane będą rozstrzygnięcia odczuwane jako niesprawiedliwe. Ze strony dążących do zdobycia władzy politycznej powołanie się na prawo natury ułatwia sugerowanie, że ich programy są jedynie słuszne.

Prawo natury począwszy od starożytności aż do 1896 roku było nieprzerwanie pojmowane - z pewnym wyjątkiem - jako prawo o charakterze moralnym. To tradycyjne ujęcie ma również współcześnie swoich zwolenników, a wśród nich przede wszystkim filozofów chrześcijańskich. Podstawowa zasada tak pojętego prawa natury brzmi: „Dobro należy czynić, zła należy unikać”. Jest to niezmienna norma postępowania, mająca swoje źródło w istocie człowieka lub w Bogu, jak zaczęto twierdzić w średniowieczu.

Czasy reformacji przyniosły świadomość, że należałoby pojmować prawo natury w sposób wolny od treści religijnych oraz moralnych. Prowadzone wojny religijne wykazały, że wyznania oraz poglądy moralne nie są czynnikiem wiążącym ze sobą ludzkość. W artykule o koncepcji prawa natury Grocjusza, Elżbieta Olbrycht słusznie podkreśla, że Grocjusz nadaje temu prawu „trwałość matematycznego pewnika”. Uniezależnia je od istnienia Boga oraz moralności. Grocjusz jest twórcą nowożytnej szkoły prawa natury. Pojmuje je jako odwieczne i niezbywalne prawo człowieka. Podstawową zasadę tego prawa sprowadza do obowiązku dotrzymywania umów, nie naruszania cudzej własności, do obowiązku wynagrodzenia szkód, oraz

do ponoszenia kary za popełniane przestępstwa. Podstawowa zasada prawa natury zostaje uwolniona od nakazu czynienia dobra, które notabene bywa odmiennie interpretowane. Elżbieta Olbrycht przypomina, że papież Urban VII zaliczył dzieło Grocjusza do indeksu książek zakazanych.

Utworzone w 1896 roku teorie prawa natury o zmiennej treści ujmują prawo natury, podobnie jak Grocjusz, jako prawo o charakterze immoralnym.

Teorie prawa natury o zmiennej treści ujmują prawo natury jako element świata kultury tworzonej przez człowieka. A więc w teoriach prawnonaturalnych krystalizuje się indywidualność twórcy. Wiąże się ten problem z zagadnieniem szerszym, a mianowicie z filozofią twórczości. Otóż zdawanie sobie sprawy ze społecznego oddziaływania teorii prawa natury o zmiennej treści nie przeczy temu, że samo jej konstruowanie jest sprawą osobistą twórcy, który często ma cechy buntownika, w tym sensie, że poszukuje nowych dróg, nie zgadzając się z dotąd utrwalonymi pojęciami. W tym tworzeniu teorii prawa natury wiąże się to, co jednostkowe, z tym co ogólne. U podstaw tego procesu leży potrzeba pełnego porozumienia z innymi. Powstawanie teorii głoszących istnienie prawa natury wynika z odczuwania danej sytuacji społeczno-kulturowej jako niezadawalającej. Stan przeciwny, odznaczający się sprawiedliwością, staje się wartością i dalekim celem dążeń, czyli ideałem twórcy.

PRZYPISY:

1. Por. K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 353.
2. Por. np. A. Łopatka, *Wstęp do prawnoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 12.
3. G. L. Seidler, *Doktryny prawa imperializmu*, Lublin 1979; K. Opalek, J. Wróblewski, *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa

237242/1

1963; J. Wróblewski, Krytyka normatywistycznej teorii prawa i państwa Hansa Kelsena, Warszawa 1955; J. Wróblewski, Fenomenologiczna filozofia prawa w Ameryce Łacińskiej; „Państwo i Prawo” 1957, nr 6; J. Wróblewski, Filozoficzne założenie podstawowych pojęć egologii, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1966, nr 44; M. Borucka-Arctowa, Socjologia a współczesne koncepcje prawnonaturalne, „Państwo i Prawo” 1964, nr 10; J. Kowalski, Funkcjonalizm w prawie amerykańskim, Warszawa 1960; R. Tokarczyk, Prawa wierne naturze. Krytyka doktryny Lona Luvoisa Fullera, Lublin 1980.

4. G.L. Seidler, Z zagadnień filozofii prawa, Lublin 1978, s. 6.
5. W. Szyszkowski, Interpretacyjne oddziaływania konstytucji, Golub-Dobrzyń 1974, referat na sesji prawa państwowego, s. 13.
6. Por. aneks w książce: M. Szyszkowska, Dociekania nad prawem natury czyli o potrzebach człowieka; tekst ww. rozprawy w przekładzie Cz. Tamogórskiego.
7. K. Opałek, Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki, Warszawa 1983.
8. H.H. Dietze, Naturrecht in der Gegenwart, Bonn 1936.
9. B. J. Gawecki, Myślenie i postępowanie, Warszawa 1975, s. 220 n.
10. a. Verdross, Statisches und dynamisches Naturrecht, Wien 1971.
11. „Kierunki” 50/1974.

Summary

S. J. Karolak - Philosophical Inspirations Underlying Roman Law

Causa Curiana, the Curian Case is a standard school - bookish example of making a will on condition of suspension which is manifested in substitution (substitutio). It is to be a model example of the decisive role of intention, will (voluntas) in law, not of form (verba). The author does not share this point of view maintaining that it is utilitas as a premiss of ratio decidendi which warranted arbitrating the Curian case in his favour.

Thus, ratio and utilitas made it possible to maintain the testator's will independently of conceivable transgressing the construction of ius civile

F. Wycisk - The Problem of Abortion in Ancient Legislation

The author disusses the problem of abortion in ancient legal systems; it was presented chronologically in Sumerian law, in Hammurabi's codex, in Hittite law, in the law of Old Testament - in Mosaic law, since the problem of abortion was touched on in all those legal systems to a greater or lesser degree. There are no traces of the problem either in the reformatory regulations by Urukagina, the Sumerian ruler of Lagash or in the Ur-Namu code from Sumerian Ur.

The above mentioned ancient legal systems do not say anything about the problem of protecting an unborn infant or the subjectivity or legal status of the foetus in mother's womb: causing an abortion was penalized as trespassing upon some people's rights: husband's, father's, lord's (in case of slavery), and lastly upon the woman's in question.

P. Niczyporuk - Mourning in Roman Law

The matter of consideration is mourning in Roman law and problems connected with it, especially funeral and mourning ceremonies.

Ancient Romans distinguished between mourning (*luctus*) and submourning (*subluctus*) and, consequently, they noticed some differentiation in their duration. The time when it was necessary to mourn for dead relatives (*tempus lugendi*) was different and it was dependent on the age at which the relative died and also on the degree of relationship or kinship.

A. Lityński - On the Law Reform in Poland by the End of 18th Century (chosen penal and material questions)

...Democratic political systems and traditional and, at the same time, untypical of Europe laxity of Polish law made it possible for humanitarian ideas in law and practice to become easily accepted in Poland. It happened despite unfavourable political and international conditions. There were no great people on the European scale, no original ideas of discovery character among Polish and Lithuanian representatives of humanitarian school; West European, Italian and French, and to lesser extent Austrian ideas were adopted. But the reception was mature, deepened, usually enriched through practical experience. It was aimed at introducing theoretical considerations of West European philosophers into practice and legal realities in Poland. That relationship between theoretical considerations and legal realities in Poland on the one hand and the struggle for changes and legal reforms on the other was a characteristic feature of Poland and it determined the originality of Polish humanitarians.

Z. J. Hirsz - Sovereignty

The author analyses the notion of sovereignty and concludes by saying that, like law, it should be considered together with the notion of state as a political organization. He defines state sovereignty as subjective law and an obligation for all factors of the political system (not only for authorities and parties, but also for trade unions and even religious unions) to preserve political and financial independence from decisions made by other states and international organizations.

Also historical conditions of external sovereignty are discussed (which is especially significant in case of external sovereignty which results in independent authorities and political and social organizations).

M. Mohyluk - Model of Social Welfare System in the Second Commonwealth

The author presented legal model of social welfare system and its functioning in the Second Commonwealth. The act on social welfare system of 16th August 1923 was the starting -point.

Municipal government that is to say territorial self - government was put in charge of performing protective actions; on the other hand, the role of state was considerably limited to bear a cost in connection with „protection of people to whom government owes it to do so, due to its duties and in connection with all those forms of protection that are beyond the abilities of self-governments”.

P. Fiedorczyk - Administrative Free Discretion in the Doctrine and Jurisdiction of the Supreme Administrative Court in the Second Commonwealth

The author analyzes the problem of controlling administrative decisions based on optional discretion. In accordance with legal regulations on the position of the Supreme Administrative Tribunal (NTA) adopted in the Second Commonwealth, that court was not adequate with regard to controlling decisions based upon optional discretion within specified limitations.

Such interpretation of its competence allowed the Tribunal only partial control of administrative decisions in this respect. The Tribunal checked if the optional decisions had been made within the framework of law. The system of controlling such decisions was not perfect before World War II and was outdated in comparison with analogical systems in other countries where the system of controlling optional decisions was improved well before second world war.

A. Bobrus - Lithuanian Road to Independence. Historical and Contemporary Changes in Political System and Law.

The author analyzes the history of Lithuanian road to independence: gained after World War I, then lost during World War II due to consequences of Ribbentrop - Molotov Pact and the establishing of the Lithuanian Soviet Socialist Republic, and gained again in 1990. Based upon Lithuanian constitutionalism, the role of main subjects of those events and political and legal assumptions of the newly accepted Constitution were presented comparatively.

M. Szyszkowska - Problem of Natural Law

In this chapter varieties of natural law theory were outlined. The author concentrates her attention upon the natural law theory of variable contents. Such understanding of natural law is connected with the contemporary concept of a democracy. But referring to the traditional theory of natural law is not very much relevant to the pluralistic outlook on life in a democracy.

Резюме

С. Кароляк - философские инспирации римского права

Causa Curiana, случаи Куриуса, является классическим, учебниковым примером составления завещания при завешивающем условии, выражением которого является субституция (*substitutio*). Это может быть тоже образцовый пример на то, что в праве решающее значение имеет интенция воля (*voluntas*), а не форма (*verba*). Автор не соглашается с этим мнением, констатируя, что это *utilitas* как предпосылка *ratio decidendi* легла у основ разрешения дела Куриуса в его пользу. Поэтому *ratio* и *utilitas* позволили оставить в силе волю наследодателя независимо от возможного нарушения конструкции *ius civile*.

Ф Вьщик - Проблема аборта в антических законодательствах

Автор обсуждает проблемы аборта в антических законах, здесь представлено, идучи хронологически, аборт в сумерском праве, в законах Хаммураби, в хеттском праве, в законах Ветхого Завета, т.е. в Моисеевых законах, потому что в них, в меньшей или большей степени, была затронута проблематика аборта. Однако не встречаем ее ни в реформаторских законах сумерского владетеля Урукагины из Лягаш, ни в законах Ур-Наму из сумерского Ур.

В анализируемых антических законодательствах нет речи об охране жизни не рожденного ребенка, о субъектности или юридической личности зародыша во чреве матери: аборт наказывался как нарушение интереса некоторых лиц: мужа, отца, владельца (в случае рабыни), наконец, самой женщины.

П. Ничипорук - Траур в римском праве

Предметом рассуждений является траур в римском праве и связанные с ним проблемы, главным образом, погребительно-траурные обряды.

Древние римляне, кроме траура (*luctus*) различали еще субтраур (*subluctus*) а также замечали некоторые отличия во время, в котором они продолжались. Срок, во время которого надо было выражать жаль после смерти близкого лица, (*tempus lugendi*) был разный и зависел от возраста умершего человека и степени родства.

А. Литыгтньски - О реформе права в Польше в конце XVIII века (избранные уголовноматериальные проблемы)

Демократические отношения в государственном строе и традиционная хотя нетипичная для Европы мягкость польского права способствовали легкому принятию в Полше гуманитарных идей, как в праве, так и на практике. Происходило это несмотря на неблагоприятные политические и международные условия.

Среди польских и литовских представителей гуманитарной школы не было известных личностей в европейских масштабах, не было оригинальных, новаторских мыслей и взглядов. Имело место, главным образом, восприятие западноевропейских идей - итальянских, французских, в меньшей степени австрийских. Было это, однако, глубокое, зрелое восприятие, как правило, профильтрованное через призму практических опытов. Был это прием, направленный на введение теоретических взглядов западных философов в практику и юридическую действительность в Полше. Этот союз теоретических рассуждений и юридической мысли с борьбой за изменения и реформы права был характерным для польских отношений и решал об оригинальности польских гуманистов.

3. Хирш - Суверенитет

Автор анализирует понятие суверенитета, констатируя, что выступает он, так же как и право, совместно с государством в качестве политической организации. Суверенитет государства определяет субъектным право и обязанность соблюдения всеми

составными элементами политической системы (не только властями и партией, но также профсоюзами и религиозными союзами) политической и финансовой независимости от решений, предпринимаемых другими государствами и международными организациями.

Обсуждается также историческая обусловленность внешнего суверенитета (что имеет особое значение в контексте ПНР) и отличается внутренний суверенитет, который выражается самостоятельном (независимом) функционировании органов государственной власти и политических и общественных организаций.

М. Мохылюк - Модель социального обеспечения во II Республике Польша (Речи Посполитой)

Автор представил предусмотренную законом модель социального обеспечения и ее функционирование во II Республике Польша. Исходным пунктом был закон о социальном обеспечении от 16 августа 1923 г.

Выполнение опекунских задач было поручено, главным образом, коммунальным союзам т.е. территориальному самоуправлению, зато отчетливо ограничена роль государства только к тому, чтобы несло расходы связанные с „обеспечением лиц, по отношению к которым у него специальные обязанности по публичному праву, а также с ”выполнением тех видов опеки, которые превышают возможности ассигнования коммунальных союзов”.

П. Федорчик - Административное усмотрение в доктрине и судебной деятельности Высшего Административного Трибунала во II Республике Польша.

Автор совершает анализ проблемы контроля административных решений, опирающихся на произвольное усмотрение. Согласно принятым во II Республике Польша

правовым регулировкам положения Высшего Административного Трибунала не был он компетентным по делам контроля решений, опирающихся на произвольное усмотрение, в рамках оставленных для этого усмотрения.

Такой подход к компетенций позволял Трибуналу на частичный контроль административных решений в этом масштабе. Трибунал контролировал, не были ли нарушены в данных делах границы произвольного усмотрения. Довоенная система контроля таких решений не была совершенная и, одновременно, отличалась своим анахронизмом по отношению к решениям в других странах, которые еще до II мировой войны расширили системы контроля решений, опирающихся на произвольное усмотрение.

А. Бобрус - Литовский путь к независимости. История и современность юридических перемен и перемен в государственном строе.

Автор совершает анализ истории Литвы на пути к независимости: полученной после I мировой войны и потерянной в результате последствий пакта Рибентроп-Молотов и создания Литовской Социалистической Советской Республики и вновь полученной в 1990 году. Указывается здесь роль главных субъектов этих событий и государственно-юридические предпосылки, содержащиеся в новопринятой Конституции используя компаративным методом достижения (труды) литовского конституционализма.

М. Шишковска - Проблема закона природы.

В главе этой намечены варианты теории закона природы. Автор сосредоточивается на теории закона природы переменного содержания. Так понимаемый закон природы связан с современной концепцией демократического строя. Зато трудно соединить (помирить) мировоззренческий плюрализм демократии с обращением к традиционной теории закона природы.