



Z DZIEJÓW PRAWA

Tom 11 (19), część 2



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu Śląskiego

Z Dziejów Prawa

Tom 11 (19), część 2

Aus der Geschichte des Rechts

Band 11 (19), Teil 2

From the History of the Law

Volume 11 (19), Part 2

Prace Naukowe



Uniwersytetu Śląskiego
w Katowicach
nr 3816

Z DZIEJÓW PRAWA

Tom 11 (19), część 2

pod redakcją
Mariana Mikołajczyka,
Wojciecha Organiściaka

Redaktor serii: Prawo
Andrzej Matan

Recenzenci/Reviewers
Piotr Fiedorczyk
Andrzej Gaca
Józef Koredczuk
Marian Malecki

Rada Naukowa/Scientific Board
Prof. Viktor Holubko (Львівський національний університет імені Івана Франка, Lwów, Ukraina)
Prof. Piotr Kolakowski (Akademia Pomorska w Słupsku, Polska)
Prof. Peter Mosný (Trnavská Univerzita, Słowacja)
Prof. Sanita Osipova (Latvijas Universitātē, Ryga, Łotwa)
Prof. Igor Palúš (Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Słowacja)

Komitet Redakcyjny/Editorial Committee
Tomasz Adamczyk
Józef Ciągwa
Andrzej Drogoń
Adam Lityński
Marian Mikolajczyk (przewodniczący/Chairman of the Editorial Committee)
Grzegorz Nancka
Wojciech Organiściak
Anna Stawarska-Rippel
Tomasz Szczygiel (sekretarz redakcji/Secretary of the Editorial Committee)

Informacje o wydawnictwie ciągłym i wcześniejszych tomach
www.zdziejowprawa.pl

Publikacja jest dostępna także w wersji internetowej:

Central and Eastern European Online Library
www.cceol.com

The Central European Journal of Social Sciences and Humanities
www.cejsh.icm.edu.pl

Spis rzeczy

Rozprawy i artykuły

KAROL CHYLKA: Wpływ religii rzymskiej na kształtowanie się prawa spadkowego wczesnej republiki	13
GRZEGORZ NANCKA: Kilka uwag o poglądach Marcelego Chlamtacza na regułę <i>bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit</i>	29
VIKTORIYA SEMENOVA: Recepcje prawa rzymskiego w obrzędzie święceń kapłańskich	47
MARIAN MIKOŁAJCZYK: Franciszka Ksawerego Bohusza uwagi o prawie sądowym w podróżach po Europie poczynione	61
KAMIL KORN: Recht und Auslegung bei Bernhard Windscheid [Prawo i jego interpretacja w rozumieniu Bernharda Windscheida]	103
ANDRZEJ DROGOŃ: Ustrój samorządny województwa śląskiego czy autonomia? Spór doktrynalny czy też różne instytucje ustrojowe?	121
KONRAD GRACZYK: Ściganie sprawców kłamstwa katyńskiego w III Rzeszy	139
MONIKA NOWAKOWSKA: Historia federalizmu fiskalnego w Niemczech od kongresu wiedeńskiego w 1815 r. do zjednoczenia Niemiec w 1990 r.	149
SŁAWOMIR TKACZ: Teoria normy prawnej Szymona Rundsteina — założenia wyjściowe	167
ANNA STAWARSKA-RIPPEL, TOMASZ ADAMCZYK: Problem modelu apelacji w sprawach karnych w II Rzeczypospolitej w ujęciu porównawczym — historia czy współczesność?	187

ОЛЕГ ПРОСТИБОЖЕНКО: Идея общности имущества супругов: генезис и развитие в советском семейном праве [Idea małżeńskiej wspólnoty majątkowej: geneza i rozwój w sowieckim prawie rodzinnym]	219
ŠTEFAN SISKOVIČ: Dva pohľady na pojem samosprávy [Dwa spojrzenia na koncepcję samorządu]	241
KAMIL NIEWIŃSKI: Problem zastępstwa procesowego Skarbu Państwa w pierwszej dekadzie Polski Ludowej	255
TOMASZ SZCZYGIEL: Bolesław Bierut o prawie i jego podstawach ideologicznych w Polsce do 1952 r.	279
WERONIKA SZAFRAŃSKA: Vom Enumerationsprinzip zur Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Deutschland und Polen im Rechtsvergleich [Od klauzuli enumeracji do klauzuli generalnej sądownictwa administracyjnego: porównanie systemów prawnych Niemiec i Polski]	295
PIOTR FIEDORCZYK: Podręczniki prawnicze w ocenie Komisji Konsultacyjno-Naukowej przy Ministrze Sprawiedliwości. Z dziejów sta- linizacji nauczania prawa w Polsce	317
[Dokument archiwalny]	325

Recenzje

<i>Maximilian Becker: „Mitreiter im Volkstumskampf. Deutsche Justiz in den eingegliederten Ostgebieten 1939—1945”. München: De Gruyter Oldenburg, 2014, 352 s. (Konrad Graczyk)</i>	351
---	-----

Wspomnienia

Wojciech Organiściak (1961—2018) (Adam Lityński, Marian Mikołajczyk, Dariusz Nawrot i przyjaciele z Katedry Historii Prawa) . . .	359
--	-----

Kronika

Kronika Katedry Historii Prawa za rok 2017 r. (Opracowali Tomasz Adamczyk, Grzegorz Nancka)	369
Publikacje pracowników Katedry Historii Prawa za rok 2017 (Opracował Tomasz Adamczyk)	373

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen und Artikel

KAROL CHYLKA: Der Einfluss von römischer Religion auf Gestaltung des Erbrechtes der frühen Römischen Republik	13
GRZEGORZ NANCKA: Einige Bemerkungen zu Ansichten von Marcelli Chlamtacz über die Regel <i>bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit</i>	29
VIKTORIYA SEMENOVA: Die Rezeptionen römischen Rechtes in der Priesterweihezeremonie	47
MARIAN MIKOŁAJCZYK: Die von Franciszek Ksawery Bohusz während seiner Europareise gemachten Bemerkungen zum gerichtlichen Recht	61
KAMIL KORN: Recht und Auslegung bei Bernhard Windscheid . . .	103
ANDRZEJ DROGOŃ: Selbstständige politische Ordnung oder Autonomie der schlesischen Woiwodschaft? Doktrinärer Streit oder sei es verschiedene systempolitische Institutionen?	121
KONRAD GRACZYK: Die Verfolgung von den an der Lüge über die Massaker von Katyń schuldigen Tätern im Dritten Reich . . .	139
MONIKA NOWAKOWSKA: Die Geschichte des fiskalischen Föderalismus vom Wiener Kongress (1815) bis zur Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990	149
SŁAWOMIR TKACZ: Szymon Rundsteins Theorie der Rechtsnorm — Ausgangsvoraussetzungen	167

ANNA STAWARSKA-RIPPEL, TOMASZ ADAMCZYK: Vergleichende Studien zum Berufungsmodell in den Strafsachen der II. Republik Polen — Geschichte oder Gegenwart?	187
ОЛЕГ ПРОСТИБОЖЕНКО: Die Idee der ehelichen Gütergemeinschaft: Genese und Entwicklung im sowjetischen Familienrecht	219
ŠTEFAN SISKOVIČ: Zwei Betrachtungsweisen der Selbstverwaltungsidee	241
KAMIL NIEWIŃSKI: Das Problem der Prozessvertretung des Fiskus in der ersten Dekade der Volksrepublik Polen	255
TOMASZ SZCZYGIEL: Boleslaw Bierut zum Recht und dessen ideologischen Grundlagen in Polen bis 1952	279
WERONIKA SZAFRAŃSKA: Vom Enumerationsprinzip zur Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Deutschland und Polen im Rechtsvergleich	295
PIOTR FIEDORCZYK: Juristische Lehrwerke nach Bewertung der Beratungswissenschaftlicher Kommission des Justizministeriums. Aus der Geschichte der stalinistischen Rechtslehre in Polen	317
[Archivdokument]	325

Rezensionen

<i>Maximilian Becker: „Mittstreiter im Volkstumskampf. Deutsche Justiz in den eingegliederten Ostgebieten 1939—1945“. München: De Gruyter Oldenburg, 2014, S. 352 (Konrad Graczyk).</i>	351
---	-----

Erinnerungen

Wojciech Organiściak (1961—2018) (<i>Adam Lityński, Marian Mikołajczyk, Dariusz Nawrot und Freunde vom Lehrstuhl für Rechtsgeschichte</i>).	359
--	-----

Chronik

Chronik des Lehrstuhls für Rechtsgeschichte für das Jahr 2017 (Bearbeitet von <i>Tomasz Adamczyk, Grzegorz Nancka</i>)	369
Publikationen von wissenschaftlichen Mitarbeitern des Lehrstuhls für Rechtsgeschichte für das Jahr 2017 (Bearbeitet von <i>Tomasz Adamczyk</i>).	373

Table of Contents

Dissertations and Articles

KAROL CHYLKA: The Influence of Roman Religion on the Development of the Law of Succession during the Early Roman Republic	13
GRZEGORZ NANCKA: A Few Remarks on Marcelli Chlamtacz's Views on the Rule of <i>bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit</i>	29
VIKTORIYA SEMENOVA: Receptions of Roman Law in the Rite of Ordination to the Priesthood	47
MARIAN MIKOŁAJCZYK: Franciszek Ksawery Bohusz's Remarks on Court Law Made during His Travels around Europe	61
KAMIL KORN: Law and Its Interpretation as Understood by Bernhard Windscheid	103
ANDRZEJ DROGOŃ: Silesian Voivodship — Self-Government or an Autonomy? A Doctrinal Dispute or Different Government Structures?	121
KONRAD GRACZYK: Prosecution of the Perpetrators of the Katyń Massacre Lie in the Third Reich	139
MONIKA NOWAKOWSKA: History of Fiscal Federalism in Germany from the Congress of Vienna in 1815 to the Reunification of Germany in 1990	149
SŁAWOMIR TKACZ: Szymon Rundstein's Theory of a Legal Norm — Preliminary Assumptions	167
ANNA STAWARSKA-RIPPEL, TOMASZ ADAMCZYK: The Model of Appeals in Criminal Cases in the Second Republic of Poland in a Comparative Approach — History or the Present?	187

ОЛЕГ ПРОСТИБОЖЕНКО: The Idea of Community Property: Genesis and Development in Soviet Family Law	219
ŠTEFAN SISKOVIČ: Two Views on the Concept of Self-Government	241
KAMIL NIEWIŃSKI: Legal Representation of the State Treasury in the First Decade of People's Poland	255
TOMASZ SZCZYGIEŁ: Bolesław Bierut on Law and Its Ideological Foundations in Poland before 1952	279
WERONIKA SZAFRAŃSKA: From an Enumeration Clause to a General Clause of the Administrative Judiciary: A Comparison of German and Polish Legal Systems	295
PIOTR FIEDORCZYK: Legal Textbooks in the Assessment of the Scientific-Advisory Committee at the Office of Minister of Justice. From the History of Stalinization of Teaching Law in Poland	317
[Archival Document]	325

Reviews

<i>Maximilian Becker: „Mitstreiter im Volkstumskampf. Deutsche Justiz in den eingegliederten Ostgebieten 1939—1945”. München: De Gruyter Oldenburg, 2014, 352 p. (Konrad Graczyk)</i>	351
---	-----

In Memoriam

Wojciech Organiściak (1961—2018) (<i>Adam Lityński, Marian Mikołajczyk, Dariusz Nawrot, and Friends from the Department of the History of Law</i>)	359
--	-----

Chronicle

The Chronicle of the Department of the History of Law 2017 (Edited by <i>Tomasz Adamczyk, Grzegorz Nancka</i>)	369
Faculty Publications from the Department of the History of Law 2017 (Edited by <i>Tomasz Adamczyk</i>)	373

*ROZPRAWY
I ARTYKUŁY*

KAROL CHYŁKA
Heidelberg

Wpływ religii rzymskiej na kształtowanie się prawa spadkowego wczesnej republiki

Prawo spadkowe rozumiane jako dziedzina prawa prywatnego mająca wskazać osoby, które wejdą w sytuację prawną zmarłego, od zawsze odgrywało niezwykle doniosłą społeczną rolę. Stanowi ono bowiem gwarancję ciągłości stosunków prawnych oraz pokojowego przejścia majątku w sytuacji niezwykle trudnej, jaką jest śmierć człowieka. Znaczenie prawa spadkowego nie ogranicza się jednak wyłącznie do interesów majątkowych. Realizuje ono również pewne wartości rodzinne poprzez fakt, iż zapewnia osobom najbliższym niewielki przynajmniej udział w majątku spadkowym, a także stanowi instrument służący okazywaniu wdzięczności tym, którzy na nią, często nawet nieświadomie, zasłużyli.

Spośród wszystkich gałęzi prawa prywatnego prawo spadkowe, obok małżeńskiego prawa osobowego, w znacznym stopniu odzwierciedla także system wierzeń, jakim kieruje się dana społeczność¹. Dzieje się tak dlatego, że to właśnie religia od zawsze stanowiła jeden z głównych czynników kształtujących regulacje dotyczące dziedziczenia, przynajmniej w systemach prawnych opartych na bogatym dorobku prawa rzymskiego², które, obejmując ponad tysiąc lat ewolucji cywilizacji zachodniej, przeszło przez wszystkie trzy, wymieniane przez Raymonda Westbrooka, etapy rozwoju prawa³. Pierwszym z nich był

¹ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériet: *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*. Warszawa 2009, s. 242.

² Zob. H. Berman: *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*. Przeł. S. Amsterdamski. Warszawa 1995, s. 249—272.

³ R. Westbrook: *The Early History of Law: A Theoretical Essay*. „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung“ (ZRG RA) 2010, Bd. 127, s. 3.

etap arbitralnych decyzji monarchy, charakterystyczny dla okresu królestwa rzymskiego, zakończony u schyłku VI w. przed Chr. Kolejny stanowiła era prawa tworzonego przez arystokrację, co odpowiada okresowi rzymskiej republiki. Wreszcie ostatnim etapem była kodyfikacja prawa, dokonana przez cesarza Justyniana w VI w.

O ile w okresie monarchii rzymskiej, zakończonym obaleniem Tarkwiniusza Pysznego w 509 r. przed Chr., nie może być mowy o wpływie religii na kształtowanie się prawa spadkowego ze względu na jedność sfery sakralnej i prawnej, o tyle we wczesnej republice, trwającej do wybuchu pierwszej wojny punickiej w 264 r. przed Chr., opisywane zagadnienie przestaje być bezprzedmiotowe. W III w. przed Chr. Rzymianie postawili już bowiem stosunkowo jasno zarysowaną granicę między instytucjami prawnymi a normami religijnymi, co w konsekwencji doprowadziło do sekularyzacji prawa i jego względnej autonomizacji⁴. Dowodem następowania powyższych procesów jest chociażby uchwalona w połowie V w. przed Chr. ustawa XII tablic, zawierająca wiele norm o charakterze ogólnym. Rozdział religii od prawa nie miał jednak nigdy w państwie rzymskim charakteru absolutnego, a jej wpływ na regulacje prawne uwidaczniał się stale, aż do powstania za panowania Justyniana *Corpus Iuris Civilis*⁵. Szczególny wyraz przyjął on właśnie u początku kształtowania się rzymskiej republiki, co ściśle związane było z działalnością rzymskich kolegów kapłańskich.

Wpływ „augures” na sprawy państwowe

Pierwsze z rzymskich kolegów kapłańskich tworzyli augurowie (*augures*). Kolegium to odpowiedzialne było przede wszystkim za sprawowanie auspicjów (*auspicia*). Wróżby te, oparte głównie na obserwacji lotu ptaków drapieżnych, miały olbrzymie polityczne znaczenie. Każde objęcie urzędu, wyruszenie na wojnę czy inne ważne wydarzenie wiązało się bowiem z ich przeprowadzeniem (*inauguratio*), które miało na celu sprawdzenie, czy planowane działanie jest zgodne z wolą bogów⁶. O olbrzymim wpływie augurów na funkcjonowanie państwa i prawa rzymskiego pisze Cyceron w drugiej księdze *De legibus*:

⁴ Ibidem, s. 4

⁵ Zob. M. Kaser: *Das römische Privatrecht*. Bd. 2. München 1975, s. 514.

⁶ M. Jaczynowska: *Religie świata rzymskiego*. Warszawa 1987, s. 45.

Cyceron, <i>De legibus</i> , II, 12, 31	Tłum. — I. Żółtowska*
<p><i>Maximum autem et praestantissimum in re publica ius est augurum cum auctoritate coniunctum, neque vero hoc quia sum ipse augur ita sentio, sed quia sic existimari nos est necesse. Quid enim maius est, si de iure quaerimus, quam posse a summis imperiis et summis potestatibus comitatus et concilia vel instituta dimittere vel habita rescindere? Quid gravius quam rem susceptam dirimi, si unus augur 'alio <die>' dixerit? Quid magnificentius quam posse decernere, ut magistratu se abdicent consules? Quid religiosius quam cum populo, cum plebe agendi ius aut dare aut non dare? Quid, legem si non iure rogata est tollere, ut Titiam decreto conlegi, ut Livias consilio Philippi consulis et auguris? Nihil domi, nihil militiae per magistratus gestum sine eorum auctoritate posse cuiquam probari?</i></p>	<p>Najważniejsze uprawnienia i największe wpływy mają w państwie augurowie, przez co zyskują, rzecz jasna, wielkie poważanie. Wygłaszam tę opinię nie dlatego, że sam jestem augurem; rzecz w tym, że tak być powinno. Jeśli bowiem rozważamy kwestie prawne, cóż znaczy więcej od możliwości rozwiązywania zgromadzeń i narad zwołanych przez najwyższych wojskowych i urzędników lub unieważniania spotkań już odbytych. Kto znaczy więcej niż samotny augur zawieszający podjęte przedsięwzięcie stwierdzeniem: „innego dnia”? Co budzi większy respekt niż uprawnienia, dzięki którym można spowodować, by konsulowie złożyli urząd? To podniosło uczucie wydać zgodę na zwołanie zgromadzenia ludowego albo jej odmówić. Co powiesz na zniesienie niezgodnych z prawem ustaw? Kolegium augurów utraciło propozycję Tycjusza, a Liwiuszową udaremnił Filip, augur i konsul zarazem. W czasie pokoju i wojny wszelkie postanowienia urzędników wymagają zgody augurów, by zyskać moc sprawczą.</p>

* M.T. Cyceron: *O państwie. O prawach*. Przeł. I. Żółtowska. Kęty 1999, s. 135—136.

Działalność kolegium augurów stanowi niewątpliwie przykład wpływu czynnika religijnego na funkcjonowanie państwa. Jest on jednak tylko pośredni i dotyczy spraw o znaczeniu politycznym. Proces kształtowania prawa natomiast, zwłaszcza prawa spadkowego, ulegał wpływom innego gremium kapłańskiego, jakie tworzyli pontyfikowie.

„Pontifices a sacra privata”

Kolegium pontyfików

Drugie kolegium — pontyfików powstało, jak podaje Liwiusz, już za czasów króla rzymskiego — Numy Pompiliusza. Powołał on do życia urząd najwyższego kapłana (*pontifex maximus*), stojącego na czele kolegium, a stanowisko to powierzył Numie Marcjuszowi⁷. Do jego kompetencji należało:

⁷ T. Liwiusz: *Ab urbe condita*, I, 20. Ed. C. Walters, R. Conway. Vol. 1. Oxford 1974.

Tytus Liwiusz, <i>Ab urbe condita</i> , I, 20	Tłum. — A. Kościółek*
<i>Cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebes veniret, ne quid divini iuris neglegendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur.</i>	Podobnie wszystkie inne sprawy religijne, tak w zakresie publicznego, jak i prywatnego życia, oddał do jego decyzji. Do niego miał się lud udawać po poradę, aby przez zaniedbywanie obrzędów ojczystych, a przyjmowanie obcych nie wkrađło się do służby bożej jakieś zamieszanie.

* T. Liwiusz: *Dzieje Rzymu od założenia miasta, Księgi I—V*. Przeł. A. Kościółek. Wrocław 1968, s. 29.

Przytoczony fragment dzieła *Ab urbe condita* potwierdza, że rola, jaką we wczesnej republice pełnili *pontifices*, była jeszcze znaczniesza od wpływów augurów. Choć Liwiusz wskazuje, że w gestii kolegium leżały tylko sprawy religijne, to należy pamiętać, że aż do mających miejsce w III w. przed Chr. początków procesu racjonalizacji prawa, pontyfikowie, pełniąc funkcje kapłańskie, sprawowali również wymiar sprawiedliwości w sposób, który spajał religię oraz porządek prawny. Dokonywane przez nich interpretacje dotyczyły zatem nie tylko prawa kapłańskiego, ale także świeckiego. Pontyfikowie wywierali więc wpływ na prawo prywatne, które traktowali przede wszystkim jako narzędzie mające na celu utrzymanie w kolejnych pokoleniach kultu prywatnego, a głównym instrumentem służącym zapewnieniu jego ciągłości miało być prawo spadkowe, które wiązało przejście majątku spadkobiercy z określonymi obowiązkami natury religijnej⁸.

W okresie po wydaniu ustawy XII tablic rola *pontifices* była również niezwykle doniosła, gdyż poprzez twórczą interpretację wymyślali oni instytucje prawne mające na celu zaspokajanie nowych, nieznanych dotąd potrzeb. Przykładem może być utworzenie prawa dobrowolnego zrzeczenia się władzy ojcowskiej (*emancipatio*)⁹.

Przełamanie monopolu kolegium pontyfików nastąpiło na skutek ogłoszonego około 304 r. przed Chr. przez Gnejusza Flawiusza kalendarza sądowego i zbioru formuł skarg procesowych oraz dzięki działalności Tyberiusza Korunkianiusza — pierwszego plebejskiego najwyższego kapłana (*pontifex maximus*), który rozpoczął publicznie udzielać porad prawnych (*responsa*)¹⁰. W późniejszej republice, kiedy znikły już związki religii oraz prawa, jurysprudencja rzymska stała się świecka. Zadania jurystów, którzy znani są z imienia od około połowy II w. przed Chr., były bardzo praktyczne i sprowadzały się do

⁸ M. Avenarius: *Römisches Erbrecht und Religion: Interdependenzen von Herrschafts-, Vermögens- und Kultperpetuierung in Pontifikaljurisprudenz sowie Dogmatik und Praxis des ius civile*. In: *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*. Hrsg. R. Zimmermann. Tübingen 2012, s. 15—16.

⁹ Ibidem.

¹⁰ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier: *Prawo rzymskie...*, s. 54.

udzielania porad prawnych (*respondere*), układania formuł procesowych (*cave-re*) oraz występowania w procesie jako pełnomocnicy stron (*agere*)¹¹, a wraz z postępującym procesem laicyzacji jurysprudencji pontyfikowie utracili wpływ na procesy legislacyjne.

Kult prywatny („*sacra privata*”) i jego wpływ na kształtowanie regulacji spadkowych

Wspomniano już, że jurysprudencja pontyfikalna, kształtując zarówno normy religijne, jak i prawne, dążyła do utrzymania ciągłości kultu prywatnego (*sacra privata*). Pod pojęciem tym Pompejusz Festus, gramatyk rzymski żyjący w II w. po Chr., autor leksykonu *De verborum significatu*, rozumiał zarówno kult osobisty, jak i rodzinny oraz rodowy (*sacra privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt*)¹². Obowiązek jego sprawowania podkreśla Ciceron, określając w *De legibus* prawa dotyczące kultu (*leges de religione*). Wśród nich wymienia on zasadę, mówiącą, iż *sacra privata* powinna istnieć zawsze (*sacra privata perpetua manento*)¹³. Fakt ten oraz waga, jaką początkowo Rzymianie przykładali do podtrzymywania kultu, sugerują, że miał on znaczenie także dla interesu publicznego. Teza ta znajduje również odzwierciedlenie w badaniach na temat najdawniejszej historii państwa rzymskiego. Podkreśla się bowiem, iż w czasie gdy nie istniały jeszcze struktury państwowe, odpowiedzialność za losy całego ludu spoczywała na największych organizacjach rodowych (*gentes*). Jeśli zatem sprawowanie *sacra privata* leżałoby nawet wyłącznie w interesie rodziny agnacyjnej, to i tak, ze względu na bardzo obszerną odpowiedzialność *gentes*, kult ten byłby sprawowany w imieniu wszystkich obywateli¹⁴.

Kompetencje osób biorących udział w sprawowaniu *sacra privata* były jednoznacznie określone. Główna odpowiedzialność spadała na naczelnika rodziny (*pater familias*), któremu prawo powierzało również troskę o podległe mu osoby oraz majątek, które w prawie archaicznym, aż do czasu uchwalenia

¹¹ J.M. Kelly: *Historia zachodniej teorii prawa*. Przekł. D. Pietrzyk-Reeves. Kraków 2006, s. 71.

¹² S.P. Festus: *De verborum significatu*, 244. Ed. W.M. Lindsay. Leipzig 1913.

¹³ M.T. Ciceron: *De legibus*, II, 9, 22. Ed. J.G.F. Powell. Oxford 2006. O obowiązku przekazywania kultu Ciceron pisze również w *De legibus* II, 8, 19 — *privatim colunt quos rite a patribus cultos acceperint* (sami niech czczą takich bogów, których obrzędy po przodkach, jako się godzi, przejęli — tłum. I. Żółtowska), *ritus familiae patrumque servanto* (niech strzegą dawnych obrządków w rodzinach jak ich ojcowie — tłum. I. Żółtowska).

¹⁴ Zob. B. Linke: *Von der Verwandtschaft zum Staat: die Entstehung politischer Organisationsformen in der frühromischen Geschichte*. Stuttgart 1995.

nia ustawy XII tablic, określane były wspólnym mianem *familia*¹⁵. Wprawdzie *pater familias* zobowiązany był do osobistego przeprowadzenia rytuałów, jednak w obrzędach uczestniczyli także pozostali członkowie jego rodziny, choć ich udział ograniczał się do śpiewu oraz asystowania naczelnikowi rodziny¹⁶. Obowiązkowa obecność wszystkich domowników podczas sprawowania kultu jest kolejnym argumentem świadczącym o jego doniosłym znaczeniu nie tylko w sferze sakralnej, ale, jak się okazuje, również w prawnej.

„*Usucapio pro herede*” (zasiedzenie spadku)

Pierwsze dowody na to, że archaiczne prawo spadkowe uległo pośrednio, poprzez prawo rzeczowe, wpływom religii rzymskiej kształtowanej w znacznej mierze przez *sacra privata*, znaleźć można w *Institutiones* Gaiusa. Jurysta ten, opisując w księdze drugiej instytucję zasiedzenia, wspomina również o możliwości nabycia na tej drodze spadku (*usucapio pro herede*). Prawo archaiczne przewidywało wówczas jedynie roczny termin posiadania, nawet wówczas, gdy w skład spadku wchodziły nieruchomości:

Gaius, <i>Institutiones</i> , II, 54	Tłum. — W. Rozwadowski*
<i>Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras uero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est quia neque corporalis est.</i>	Ustawa XII tablic bowiem stanowiła, że zasiedzenie nieruchomości trwa dwa lata, pozostałych rzeczy — rok, stąd uważano, że spadek mieści się w pojęciu „pozostałych rzeczy”, ponieważ nie jest nieruchomością.

* Gaius: *Gai institutiones, Instytucje Gaiusa, tekst i przekład*. Przeł. W. Rozwadowski. Poznań 2003, s. 49.

Warto również zaznaczyć, że dla zasiedzenia spadku prawo archaiczne nie wymagało ani *iusta causa*, ani dobrej wiary¹⁷. Tak liberalne zasady zmuszają do postawienia pytania o powody, dla których je przyjęto. W tekstach Gaiusa znaleźć można co najmniej dwa.

Pierwszy z nich dotyczy interesu społecznego, w którym leżało to, aby spadek był jak najszybciej objęty w posiadanie na zasadzie sukcesji uniwersalnej, która pozwoliłaby kontynuować stosunki prawne zmarłego. Mimo iż po rozpoczętym w okresie późnej republiki procesie racjonalizacji prawa była to właściwie jedyna przyczyna zachowania tak krótkiego terminu dla *usucapio pro herede*, to jednak żyjący w II w. po Chr. Gaius wymienia ją dopiero jako

¹⁵ W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka: *Prawo rzymskie. Instytucje*. Warszawa 2005, s. 81.

¹⁶ M. Avenarius: *Römisches Erbrecht...*, s. 43.

¹⁷ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérrier: *Prawo rzymskie...*, s. 341.

drugą (*ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur*)¹⁸. Na pierwszy plan w jego *Instytycjach* wysuwa się powód natury sakralnej. Nabywca spadku (*heres extraneus*) ponosił bowiem odpowiedzialność nie tylko za długi spadkowe, ale również za kontynuację rodzinnego kultu prywatnego¹⁹:

Gaius, <i>Institutiones</i> , II, 55	Tłum. — W. Rozwadowski*
<i>Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit.</i>	Motyw zaś, dla którego zezwolono na tak nieodpowiednie posiadanie i zasiedzenie jest taki, że dawni prawnicy chcieli, żeby spadki były nabywane wcześniej, by znaleźli się ci, którzy kontynuowaliby kult przodków, czego w owych czasach bezwzględnie przestrzegano.

* Gaius: *Gai institutiones...*, s. 50.

Wprowadzenie instytucji *usucapio pro herede* służyło zatem Rzymianom jako narzędzie podtrzymywania ciągłości *sacra*. Intensywne oddziaływanie jurysprudencki pontyfikalnej na pierwotny system dziedziczenia Rzymian nie ograniczał się jednak tylko do wprowadzenia łatwych do spełnienia przesłanek zasiedzenia spadku. *Pontifices* utworzyli pewne znacznie ogólniejsze rozwiązania prawne, które miały na celu podtrzymywanie kultu prywatnego.

„Heres” (spadkobierca uniwersalny)

Pierwszym z nich jest instytucja spadkobiercy uniwersalnego (*heres*). Zarówno w interesie społeczeństwa, jak i rodziny leżało wskazanie osoby, która kontynuowałaby stosunki prawne zmarłego. Za czasów kształtowania się prawa archaicznego ważniejszy od wymiaru społecznego, materialnego czy ekonomicznego był jednak aspekt religijny oraz rodzinny. Twórcom norm prawa spadkowego, którym było kolegium pontyfików²⁰, zależało bowiem przede wszystkim na przekazaniu *sacra* i kontynuowaniu obrzędów kultowych. Wprowadzenie do systemu dziedziczenia instytucji spadkobiercy wydawało się rozwiązaniem idealnym dla realizacji tych założeń. Spadek traktowany był bowiem jako jedna rzecz niematerialna (*res incorporalis*), w skład której wchodziły nie tylko przedmioty materialne, ale również prawa, stosunki agnacyjne i obowiązki religijne²¹. Wskazanie jednego następcy prawnego zmarłego gwarantowało

¹⁸ Gaius: *Institutiones*, II, 55. *Gai institutiones. Instytucje Gaiusa, tekst i przekład*. Przeł. W. Rozwadowski. Poznań 2003.

¹⁹ W. Litewski: *Rzymskie prawo prywatne*. Warszawa 1990, s. 351.

²⁰ M.T. Cynceron: *O państwie. O prawach*. Przeł. I. Żółtowska. Kęty 1999, s. 143.

²¹ Tak traktował spadek Gaius, zob.: Gaius: *Institutiones*, II, 14 — *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas* (Niematerialne

pewność i przewidywalność życia społecznego oraz gospodarczego, a także pozwoliło na niezakłóconą kontynuację sprawowania kultu prywatnego.

Ustanowienie spadkobiercy uniwersalnego było tylko pierwszym krokiem, jaki uczynili pontyfikowie w celu zagwarantowania ciągłości *sacra privata*. Instytucja *heres* okazywała się bowiem niewystarczająca w przypadku, gdy z różnych powodów nie można było w łatwy sposób wskazać następcy prawnego osoby zmarłej. Rozwiązaniem tego problemu było połączenie obowiązków religijnych nie z konkretną osobą, a z majątkiem. Cyцерon wyraźnie wskazuje, że zabieg ten został dokonany na mocy dekretu kolegium kapłańskiego, a nie przepisami prawa i został przyjęty do prawa spadkowego dzięki autorytetowi, jakim cieszyli się *pontifices*:

Cyцерon, <i>De legibus</i> , II, 21, 52	Tłum. — I. Żółtowska*
<i>Nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt.</i>	Przecież ofiary zostały powiązane ze statusem majątkowym wyłącznie przez dekret pontyfików, a nie przepisami prawnymi.

* M.T. Cyцерon: *O państwie...*, s. 144.

Kult prywatny stał się zatem nieodłączny od majątku. Wprawdzie w najwcześniejszym prawie dziedzicami mogli być tylko członkowie rodziny agnacyjnej, stąd można było wówczas jeszcze mówić o pewnych personalnych przesłankach dotyczących przejęcia kultu, jednak już prawo wczesnej republiki zakładało, że obowiązek sprawowania *sacra* przechodził także na wyznaczonego w testamencie dziedzica, który nie należał do rodziny²². Pontyfikowie woleli zatem, aby obowiązek kultu przetrwał raczej dzięki osobie pozbawionej związków agnacyjnych z rodziną, niż upadł na skutek braku możliwości przekazania majątku w obce ręce²³.

Powiązanie obowiązku sprawowania *sacra familia* z majątkiem, jaki pozostawiał po sobie spadkodawca, miało swoje dodatkowe konsekwencje. Pierwszą z nich był fakt, iż powinności religijne musiały być wykonywane w miejscu, gdzie znajdowało się przejęte mienie²⁴. Pozostaje poza wszelką wątpliwością, że w jego skład musiała wchodzić jakaś nieruchomość, w której możliwe byłoby przeprowadzenie obrzędów. Przejęcie obowiązków religijnych wiązało się jednak prawie zawsze z objęciem w posiadanie dóbr naczelnika rodziny, który jako jedyny był podmiotem praw majątkowych, a zatem właścicielem zamiesz-

są te, których dotknąć nie można, a takimi są te, które polegają na uprawnieniu, jak spadek — tłum. W. Rozwadowski).

²² M. Avenarius: *Römisches Erbrecht...*, s. 26.

²³ Ibidem, s. 53.

²⁴ Ibidem, s. 49.

kiwanego przez rodzinę domu²⁵. W dalszej kolejności, aby zapewnić ciągłość kultu, regulacje prawa spadkowego rzymskiej republiki przewidywały, że pewna część majątku, stanowiąca jego rdzeń, musiała być przekazywana z pokolenia na pokolenie w stanie nieuszczuplonym. Dowody potwierdzające tę tezę zawarte są w ustawie XII tablic:

Tabula V, 7	Tłum. — M. i J. Zabłoczy*
<i>Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto ... ast ei custos nec escit...</i>	Jeśli jest chory umysłowo, niech nad nim i jego majątkiem agnaci i członkowie rodu mają władzę ... jeśli nie ma osoby nadzorującej...

* M. i J. Zabłoczy: *Ustawa XII tablic, tekst — tłumaczenie — objaśnienia*. Warszawa 2003, s. 33.

Choć przedstawionej wyżej normy nie udało się do dziś w pełni zrekonstruować, to jednak dzięki zachowanej formule pretorskiej²⁶ wiadomo, iż celem regulacji była ochrona „dóbr odziedziczonych po ojcach i dziadach” (*bona paterna avitaque*) przed działaniami marnotrawcy (*prodigus*)²⁷. Przepis jasno wskazuje, że majątek (*patrimonium*), określany przez Marka Terencjusza Warona, pisarza rzymskiego tworzącego w I w. przed Chr., również mianem *heredium*²⁸, musiał być przekazywany z pokolenia na pokolenie. Pogląd ten znajduje również odzwierciedlenie w *De officiis* Cycerona, który wyraża opinię, że darowizny na cele dobroczynne nie powinny uszczuplać majątku ojczystego:

Cyceron, <i>De officiis</i> , II, 14, 44	Tłum. — E. Rykaczewski*
<i>Quod qui benigniores volunt esse, quam res patitur, primum in eo peccant, quod iniuriosi sunt in proximos; quas enim copias his et suppeditari aequius est et relinqui eas transferunt ad alienos.</i>	Którzy chcą być dobroczynniejsi, niżeli ich majątność dozwala, w tem najpierw uchybiają, że swych poblizkich krzywdzą, albowiem majątność, z której słuszniejby było ich zapomódz, i im ją po sobie zostawić, do obcych przenoszą.

* M.T. Cyceron: *O wróżeniu, O przeznaczeniu, O starości, O przyjaźni, O powinnościach, O wynalezieniu retorycznym*. Przeł. E. Rykaczewski. Poznań 1879, s. 241.

²⁵ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier: *Prawo rzymskie...*, s. 200.

²⁶ J. Paulus: *Pauli sententiae*, 3.4a.7 — *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.*

²⁷ F. Longchamps de Bérier: *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*. Wrocław 2007, s. 66—68.

²⁸ M.T. Warron: *De re rustica*, I, 10, 2. Ed. D. Flach. Darmstadt 2006.

W księdze drugiej tego samego dzieła, dodaje:

Cyceron, <i>De officiis</i> , II, 18, 64	Tłum. — E. Rykaczewski*
<i>Habenda autem ratio est rei familiaris, quam quidem dilabi sinere flagitiosum est, sed ita, ut inliberalitatis avaritiaeque absit suspicio. Posse enim liberalitate uti non spoliantem se patrimonio nimirum est pecuniae fructus maximus.</i>	Z tem wszystkim na majątność naszą oglądać się mamy, której dać się rozproszyc jest haniebne; ale tak abyśmy od podejrzenia o nieużytość i skąpstwo wolni byli. Być szczodrobliwym bez оголоzenia się z ojczy-stego majątku, jest bez wątpienia najpiękniejszym bogactw owocem.

* M.T. Cyceron: *O wrózeniu...*, s. 308—309.

Wskazany w wyżej przedstawionych źródłach aspekt materialnego zabezpieczenia rodziny, a więc pozostawienia w jej rękę zwłaszcza nieruchomości, w której mogłyby być sprawowane obrzędy kultu prywatnego, nie jest jedynym skutkiem tego, że pontyfikowie powiązali obowiązki religijne z majątkiem. Kolejną konsekwencją tego zabiegu jest fakt, iż kolegium kapłańskie sprawowało nadzór nad przekazywaniem przedmiotów wchodzących w skład spadku następcom prawnym. Majątek mógł być bowiem przekazany tylko w taki sposób, jaki gwarantował dalsze wykonywanie kultu²⁹. Przykłady kontroli pontyfików znaleźć można nie tylko w prawie spadkowym, ale także w rodzinnym. Chodzi tu mianowicie o instytucję nabycia władzy ojcowskiej nad osobą *sui iuris*, czyli adrogację (*adrogatio*). Ten rodzaj adopcji odbywał się na zgromadzeniu ludowym — *comitia curiata*, które badało celowość oraz słuszność przeprowadzanej czynności. Tak dalece zaostrzone wymogi formalne wynikały z ogromnego znaczenia tej instytucji dla pozycji społecznej rodziny adrogującego oraz adrogowanego — pierwsza z nich była bowiem wzmacniana kosztem drugiej³⁰. Wysoki stopień skomplikowania procedury wynikał jednak nie tylko ze względów ekonomicznych, ale także z prawa sakralnego³¹. Do przeprowadzenia ważnej *adrogatio* pontyfikowie wymagali spełnienia określonych wymogów sakralnych, związanych ze sprawowaniem *sacra privata* w obu rodzinach i z tego względu kolegium kapłańskie, na którego czele stał *pontifex maximus*, każdorazowo orzekało o dopuszczalności adrogacji i wiążącego się z nią przejścia majątku adrogowanego pod władzę adrogującego³².

Adrogacja, stanowiąca przykład sukcesji uniwersalnej między żyjącymi, nie jest jedynym przypadkiem, w którym przesunięcie mas majątkowych poddane było kontroli prawa sakralnego. Pontyfikowie sprawowali bowiem również nadzór nad tworzeniem testamentu w jego pierwotnej, wykształconej już

²⁹ G. Wissowa: *Religion und Kultus der Römer*. München 1912, s. 402.

³⁰ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier: *Prawo rzymskie...*, s. 208.

³¹ W. Litewski: *Rzymskie prawo...*, s. 192.

³² W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka: *Prawo rzymskie...*, s. 103—104.

w prawie archaicznym formie — *testamentum calatis comitiis*. Był on sporządzany publicznie, w formie ustnej, na odbywających się dwukrotnie w ciągu roku zgromadzeniach o charakterze religijnym zwanych *comitia calata*. Według Aulusa Gelliusza, pisarza rzymskiego z II w. po Chr., zebrania te odbywały się z udziałem kolegium pontyfików, którzy prawdopodobnie nie tylko przewodniczyli obradom, ale także badali treść testamentu³³. Martin Avenarius uważa, że podobnie jak przy instytucji *adrogatio*, tak i w przypadku archaicznego testamentu do jego ważności konieczne było spełnienie przesłanek nie tylko prawnych, ale i sakralnych, czego gwarantem mieliby być *pontifices*³⁴. Gelliusz wspominał także, że na zgromadzeniu komicjalnym mogło dojść do odmowy udzielenia zgody na sporządzenie testamentu o danej treści (*detestatio sacrorum*)³⁵. Pod nadzorem kapłanów znajdowała się zatem nie tylko instytucja sukcesji uniwersalnej *inter vivos*, jaką była adrogacja, ale także testament *calatis comitiis*, będący przykładem sukcesji uniwersalnej *mortis causa*.

Z powyższych rozważań wynika, że jurysprudencja pontyfikalna w czasach archaicznych tak ukształtowała prawo spadkowe, aby wraz z przejściem majątku na jego nabywcę przechodziły określone obowiązki religijne, zwłaszcza *sacra privata*. Cyceron w dziele *De legibus* opisuje szczegółowe regulacje systemu dziedziczenia związane ze sprawowaniem kultu:

Cyceron, <i>De legibus</i> , II, 20, 49	Tłum. — I. Żółtowska*
<i>Non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringitur: hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit.</i>	Natomiast dawni autorzy piszą o sprawie inaczej. Wedle ich wywodów istnieją trzy sposoby przejścia obowiązku sprawowania świętych obrzędów: przez dziedziczenie, przejście większej części majątku lub zapis testamentalny, o ile spadkobierca dziedziczy większą część majątku.

* M.T. Cyceron: *O państwie...*, s. 143.

W pierwotnym rzymskim prawie spadkowym istniały zatem trzy sposoby prowadzące do przejścia obowiązku sprawowania kultu. W pierwszej linii odpowiedzialność za *sacra privata* przechodziła poprzez spadek (*hereditate*) na spadkobiercę (*heres*) i to również wówczas, gdy był on osobą spoza rodziny agnacyjnej zmarłego. Drugi sposób, polegający na przejściu większej części majątku, odnosi się zdaniem Pietra Bonfantego tylko do instytucji zasiedzenia spadku (*usucapio pro herede*), co wydaje się uzasadnione w świetle badań nad użytym

³³ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériet: *Prawo rzymskie...*, s. 281, zob.: A. Gellius: *Noctes Atticae*, XV, 27 — “*calata*” *comitia* [...], *quae pro conlegio pontificum habentur*.

³⁴ M. Avenarius: *Römisches Erbrecht...*, s. 43.

³⁵ A. Gellius: *Noctes Atticae*, XV, 27.

przez Cyncerona w tym kontekście słowie *capiat*³⁶ oraz na tle wyrażonego przez Gaiusa celu, któremu służyła ta instytucja, a którym było jak najszybsze znalezienie osoby, która przejęłaby odpowiedzialność za sprawowanie *sacra*. Wreszcie ostatni wymieniany przez Cyncerona sposób odziedziczenia obowiązku kultu miał miejsce, gdy legatariusz otrzymywał większą część majątku.

W przedstawionym wyżej fragmencie *De legibus* Cynceron wskazuje, że trzy wymieniane przez niego drogi przejścia ciężaru sprawowania obrzędów religijnych zostały przekazane przez dawnych autorów (*antiqui*). Pozostaje jednak kwestią sporną, kogo miał on na myśli, a zatem nie wiadomo również, w jakim czasie powstał opisywany przez Cyncerona system. Powszechnie przyjmuje się jednak, że miało to miejsce w IV w. przed Chr., a zatem jeszcze w epoce prawa archaicznego³⁷.

Wspomniane przez Cyncerona sposoby przejścia obowiązku sprawowania kultu nie były jednak jedynymi, jakie regulowało archaiczne prawo spadkowe. Regulacje dotyczące dziedziczenia już od zarania przewidywały bowiem jeszcze dwa przypadki sukcesji uniwersalnej, których podstawą miało być zabezpieczenie *sacra privata*.

Inne przypadki sukcesji uniwersalnej

Pierwszym z nich jest instytucja wspólnoty majątkowej utrzymywanej po śmierci spadkodawcy (*consortium ercto non cito*), znana prawu rzymskiemu od czasów najdawniejszych³⁸. Wspólnotę tę tworzyli członkowie rodziny dziedziczący beztestamentowo, a każdy z nich stawał się *heres*, który mógł dokonywać wszelkich czynności ze skutkiem dla pozostałych. *Consortium* obejmowało jednak nie tylko stosunki majątkowe, ale również pozamajątkowe³⁹. Współspadkobiercy (*coheredes*), stając się następcami prawnymi zmarłego *pater familias*, przejmowali po nim obowiązki wynikające z prawa rodzinnego⁴⁰, z których jeden dotyczył kontynuacji sprawowania *sacra privata*⁴¹.

³⁶ P. Bonfante: *Corso di diritto romano VI*. Milano 1974, s. 136, za: M. Avenarius: *Römisches Erbrecht...*, przyp. 213, s. 53.

³⁷ M. Kaser: *Das römische Privatrecht*. Bd. 1. München 1971, s. 151.

³⁸ O istnieniu w najdawniejszych czasach *consortium ercto non cito* pisze Gaius, zob.: Idem: *Institutiones*, III, 154a — *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso*. (Istnieje natomiast inny rodzaj spółki właściwy obywatelom rzymskim. Dawniej bowiem, po śmierci ojca rodziny, istniała między spadkobiercami domowymi pewnego rodzaju spółka, jednocześnie prawna i naturalna, która zwała się *ercto non cito*, czyli nie podzielnej własności — tłum. W. Rozwadowski).

³⁹ W. Litewski: *Rzymskie prawo...*, s. 354—355.

⁴⁰ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Brier: *Prawo rzymskie...*, s. 270.

⁴¹ M. Avenarius: *Römisches Erbrecht...*, s. 45.

Drugi przypadek sukcesji uniwersalnej *mortis causa* dotyczy stanu faktycznego, w którym *pater familias* umiera, nie posiadając żadnych *sui heredes* i nie wyznaczając dziedzica w testamencie. Ustawa XII tablic regulowała taką sytuację w następujący sposób:

Tabula V, 4, 5	Tłum. — M. i J. Zabłoczy*
<i>Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam [habent].</i>	Jeśli [ten] kto nie ma własnego dziedzica, umrze bez testamentu, najbliższy agnat niech obejmie majątek. Jeśli nie ma agnata, członkowie rodu niech obejmą majątek.

* M. i J. Zabłoczy: *Ustawa XII tablic...*, s. 33.

Tak skonstruowany system dziedziczenia pozwalał niemal w każdej sytuacji na przypisanie majątku zmarłego następcy prawnemu, nakładając tym samym na niego obowiązek sprawowania kultu prywatnego. O ile jednak dziedziczenie przez agnatów wydaje się w pełni uzasadnione, gdyż opiera się na stosunku bliskości ze spadkodawcą, o tyle powód, dla którego decemwirowie zdecydowali się na włączenie członków rodu (*gentiles*) w krąg potencjalnych spadkobierców, może zastanawiać. Franz Wieacker jest zdania, iż fakt, że to właśnie ród (*gens*) był pierwotną jednostką organizacyjną społeczeństwa, był wystarczającym powodem do tego, aby uznać jego przedstawicieli za potencjalnych następców prawnych zmarłego, gdyż majątek rodzinny wywodził się pierwotnie z majątku rodowego⁴². Max Kaser uważa z kolei, że subsydiarne dziedziczenie *gentiles* uzasadnione jest wyłącznie celem religijnym, którym jest obowiązek ciągłego sprawowania *sacra privata*⁴³, co stanowiłoby kolejny przejaw jej wpływu na kształtowanie rzymskiego prawa spadkowego.

Podsumowanie

Prawo rzymskie wczesnej republiki kształtowane było w znacznej mierze pod wpływem wyobrażeń religijnych. Ich oddziaływanie na porządek dziedziczenia widoczne jest szczególnie poprzez działalność kolegium kapłańskiego pontyfików, którzy po obaleniu Tarkwiniusza Pysznego pełnili rolę naczelnego organu ustawodawczego w Wiecznym Mieście, spajając elementy religijne oraz prawne w jeden system normatywny. *Pontifices*, dążąc do utrwalenia i ciągłości

⁴² F. Wieacker: *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*. Bd. 1. München 1988, s. 197.

⁴³ M. Kaser: *Das römische Privatrecht*. Bd. 2..., s. 101.

sacra privata, wprowadzili do prawa spadkowego szereg instytucji, które miały służyć założonemu przez nich celowi. Czołowym przykładem jest koncepcja ustanowienia *heres* oraz powiązanie obowiązku sprawowania kultu prywatnego z dziedzicznym majątkiem, a zwłaszcza z jego częścią zwaną *patrimonium*, której niepodzielność miała zapewnić trwałe wykonywanie obrzędów religijnych. Kontrola przesunięć mas majątkowych, wykonywana przez pontyfików właśnie w celach zachowania w całości mienia niezbędnego do przeprowadzania rytuałów, opierała się na zasadach prawa sakralnego, co pokazuje przykład *testamentum calatis comitiis*. Utworzony u początków republiki, utrwalony następnie w ustawie XII tablic system prawa spadkowego, był zatem narzędziem kolegium kapłańskiego, służącym realizacji celów religijnych. Każdy bowiem rodzaj sukcesji uniwersalnej, urzeczywistniającej się czy to w przejściu całości praw i obowiązków na następcę prawnego poprzez jego wskazanie w ustawie, bądź w testamencie, czy na mocy zasiedzenia spadku (*usucapio pro herede*), czy wreszcie poprzez powstanie *consortium ercto non cito*, kształtowany był nie tylko w kontekście aspektu materialnego, ale przede wszystkim religijnego i służył zawsze, aż do zapoczątkowanych w późnej republice procesów racjonalizacji prawa, utrzymaniu *sacra privata*.

Wraz z laicyzacją jurysprudencki przemianom uległo także podejście rzymskiego społeczeństwa do nakazów sakralnych. Wprawdzie u schyłku republiki sprawowanie pieczy nad *sacra privata* nadal uważano za podstawowy obowiązek religijny, jednak coraz częściej jego wypełnianie zależało od osobistych przekonań *pater familias*⁴⁴. Ponadto cel, jakiemu miało służyć powiązanie majątku z zobowiązaniami wynikającymi z kultu prywatnego, a jakim była troska o dalsze jego przekazywanie, był coraz rzadziej akceptowany⁴⁵. Zasada prawa pontyfikalnego, opisana przez Rudolfa von Jheringa, głosząca, że *sacra* „ciążą na każdym spadku niczym podatek spadkowy” (*nulla hereditas sine sacris*) była więc coraz częściej lekceważona⁴⁶. Z czasem zaczęto nawet mówić o *hereditas sine sacris*, a więc przejmowaniu spadku bez obowiązków religijnych⁴⁷, co ostatecznie przyczyniło się do zatarcia bezpośredniego wpływu wierzeń rzymskich na kształtowanie regulacji dotyczących dziedziczenia.

⁴⁴ M. Avenarius: *Römisches Erbrecht...*, s. 29.

⁴⁵ P. Voci: *Diritto ereditario Romano I*. Milano 1967, s. 117, za: M. Avenarius: *Römisches Erbrecht...*, s. 29.

⁴⁶ R. v. Jhering: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Bd. 1. Basel 1954, s. 269.

⁴⁷ S.P. Festus: *De verborum...*, s. 290.

Karol Chyłka

Der Einfluss von römischer Religion auf Gestaltung des Erbrechtes der frühen Römischen Republik

Schlüsselwörter: römisches Recht, Erbrecht, Religion, frühe Römische Republik, privater Kult

Zusammenfassung: Das zu Beginn des Römischen Reiches entstandene Normensystem sollte sakrale und rechtliche Sphäre zusammenschweißen, damit die beiden Ordnungen voneinander nicht mehr unterscheidbar sein durften. Erst die vom 5. Jahrhundert v.Ch. erfolgenden Prozesse der Rechtsautonomisierung lassen nach dem Einfluss der römischen Religion auf Gestaltung der Rechtsinstitutionen, insbesondere der religiösen Gesinnung der Römer in der frühen Republik in hohem Grad widerspiegelten Erbrechtes fragen. Das damals vom Pontifikalkollegium geschaffene Recht blieb unter starkem Einfluss des Glaubens, der auf den zum Wohle der Familien getriebenen Privatkult (*sacra privata*) konzentriert war. Die das Erbrecht betreffenden Gesetze sollten die Kontinuität der Vererbung sichern, und das durch: Einführung der Institution eines universellen Erben (*heres*), die Pflicht, den betriebenen Kult mit dem zu vererbten Vermögen (*patrimonium*) zu verknüpfen, die kraft des Testaments *calatis comitiis* ausgeübte pontifikale Kontrolle über universelle Sukzession, die Möglichkeit, das Erbe durch Ersitzung (*usucapio pro herede*) zu erwerben und schließlich den Kreis der für religiöse Rituale Verantwortlichen um Miterben (*coheredes*) und Familienmitglieder (*gentiles*) zu erweitern.

Karol Chyłka

The Influence of Roman Religion on the Development of the Law of Succession during the Early Roman Republic

Keywords: Roman law, law of succession, religion, early Republic, domestic worship

Summary: The normative system originating at the beginnings of the Roman monarchy bound the sacral realm and the realm of law together in ways that made it impossible to distinguish between those two orders. It was not until the 5th century BCE, when the rising autonomy of law prompted the question of the impact of Roman beliefs on the formation of legal institutions, especially the law of succession, highly reflective of religious convictions of the Romans in the early Republic. The law at that time, being formed by the college of pontiffs, or priests (pontifical jurisprudence), remained under a strong influence of faith professed by society, at the core of which was domestic worship (*sacra privata*) practiced in order to provide families and gentes with prosperity. The regulations regarding succession were aimed to maintain its continuity by introducing a universal successor (*heres*), linking an obligation to continue domestic worship with the patrimony (*patrimonium*), controlling a universal succession by way of pontiffs on the strength of the *calatis comitiis* will, and also by enabling the acquisition of an inheritance through usucapion (*usucapio pro herede*), and, finally, by broadening the scope of people responsible for religious rites to co-heirs (*coheredes*) and members of the gens (*gentiles*).

GRZEGORZ NANCKA

Katowice

Kilka uwag o poglądach Marcelego Chłamtacza na regułę „bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit”

Wstęp

Jednym z czołowych polskich romanistów przełomu XIX i XX w. był dziś nieco zapomniany Marcelego Chłamtacz¹. Żyjący we Lwowie profesor i samorządowiec, w swych badaniach zajmował się między innymi problematyką pożytków. Analizując to zagadnienie, opublikował obszerną monografię *O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w klasycznym prawie rzymskim z uwzględnieniem prawa cywilnego austriackiego i niemieckiego*². Jednym

¹ Na temat życiorysu M. Chłamtacza zob. R. Wiaderna-Kuśnierz: *Marcelego Chłamtacza (1865—1947) — profesor prawa rzymskiego i samorządowiec. Zarys biografii w 150-lecie urodzin*. W: *Stefan Ehrenkreutz i historycy prawa okresu dwudziestolecia międzywojennego*. Red. P. Dąbrowski, D. Szpoper. Gdańsk—Olsztyn 2016, s. 167—187; J. Draus: *Uniwersytet Jana Kazimierza we Lwowie 1918—1946. Portret kresowej uczelni*. Kraków 2007, s. 214; A. Redzik: *Prawo prywatne na Uniwersytecie Jana Kazimierza we Lwowie*. Warszawa 2009, s. 351—352; A. Środka, P. Szczawiński: *Biogramy uczonych polskich*. Cz. 1: *Nauki społeczne*. Z. 1: *A—J*. Wrocław 1983, s. 189—190. Na temat działalności naukowej M. Chłamtacza zob. też: G. Nancka: *Trzej romanisci we wspomnieniach Marcelego Chłamtacza*. „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2017, T. 105, s. 45—66.

² M. Chłamtacz: *O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w klasycznym prawie rzymskim z uwzględnieniem prawa cywilnego austriackiego i niemieckiego*. Lwów 1903.

z celów liczącej 219 stron rozprawy było udowodnienie interpolacji klasycznej reguły *bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit*³. Poglądy uczonego na niniejszą kwestię wydają się interesujące, w szczególności zaś ciekawy jest dobór argumentów przemawiających za uwzględnieniem jego tezy. Intencją autora niniejszego artykułu jest przede wszystkim przypomnienie poglądów M. Chłamtacza na to zagadnienie. Ze względu na to, że praca nie pozostała bez odzewu w doktrynie, zaprezentowane zostaną również stanowiska recenzentów rozprawy M. Chłamtacza, ze szczególnym uwzględnieniem polemik z wyrażonym przez lwowskiego uczonego stanowiskiem.

Poglądy doktryny

Analizowane zagadnienie należało do jednych z bardziej spornych w ówczesnej doktrynie. Jak zauważa M. Chłamtacz, poglądy na ten temat wyrazili F.K. Savigny, B. Windscheid, H. Göppert oraz F. Serafini, którzy uznali, iż stosunek posiadacza w dobrej wierze do owoców jest identyczny jak jego stosunek do rzeczy macierzystej, szczególną zaś cechą tego stosunku jest to, że *condictio sine causa o fructus consumptos* „jest jakby darowana posiadaczowi w dobrej wierze”⁴. Głos w tej sprawie zabrali również H. Janke, A. Brinz i K.A. Vangerow, określający „stosunek posiadacza w dobrej wierze do owoców, jako uprawnienie stojące w środku między prawem własności a posiadaniem”⁵. Z kolei G.L.T. Marezoll i A. Köppen wyszli z założenia, że posiadanie w dobrej wierze jest domniemaną własnością, ze względu na co posiadacz w dobrej wierze posiada tymczasową i odwołałną własność⁶. Zapatrywania te spotkały się ze zdecydowaną krytyką M. Chłamtacza⁷.

M. Chłamtacz w swej pracy przedstawia również dominującą w doktrynie teorię. Zgodnie z nią posiadacz w dobrej wierze jest właścicielem wszystkich owoców, przy czym nałożony został na niego obowiązek zwrotu *fructus extan-*

³ Ibidem, s. III—IV; M. Chłamtacz stwierdza, iż „przez tzw. interpolacje, z których, jak to dziś nie ulega wątpliwości, kompilatorowie *Corpus iuris civilis romani* czynili użytek bardzo obszerny, została zatartą częstokroć bądź zupełnie postać niejednej instytucji prawnej w dobie najświetniejszego rozwoju prawa rzymskiego tj. w epoce klasycznej”. M. Chłamtacz: *O nabytcu owoców...*, s. 1.

⁴ M. Chłamtacz: *O nabytcu owoców...*, s. 19—25.

⁵ Ibidem, s. 25. W istocie, zdaniem M. Chłamtacza, zwolennicy tej teorii „starają się wynieść posiadacza w dobrej wierze na stanowisko wyższego rzędu, do kategorii właściciela »gorszej sorty«. Zob. M. Chłamtacz: *O nabytcu owoców...*, s. 25.

⁶ Ibidem, s. 29.

⁷ Ibidem, s. 15—32.

tes⁸. Uczony podkreśla, że konstrukcja ta przyjmuje kombinację dwóch elementów: rzeczowego (nabycia owoców na własność) oraz zobowiązaniowego (świadczenia pożytków niezużytych)⁹. Jej wadą jest jednak to, iż nie podaje podstawy zobowiązania *ad restituendum* owoców nieskonsumowanych. Teoria posiada również inną wadę, jaką jest brak znalezienia podstawy dla powiązania obowiązku zwrotu *fructus extantes* z *rei vindicatio* o rzecz macierzystą, w taki sposób, że tylko jedynie w związku z nią dochodzić można pożytków znajdujących się u posiadacza¹⁰. M. Chlamtacz stwierdza, iż największym zwolennikiem teorii panującej jest L. Petrażycki. Lwowianin, pomimo iż uznaje wywody L. Petrażyckiego za „bardzo głęboko pomyślane”, to jednak jest zdania, że nie rozstrzygają one wszelkich wątpliwości związanych z regułą *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*¹¹. Dlatego też formułuje liczne zarzuty przeciwko twierdzeniom L. Petrażyckiego¹².

⁸ Ibidem, s. 32; M. Chlamtacz zwraca uwagę, iż stopniowo przyłączali się do niej poszczególni naukowcy, zaś sam Petrażycki dokonuje jej bardzo jasnego i przejrzystego przedstawienia. Ibidem, s. 33.

⁹ Ibidem, s. 33.

¹⁰ Ibidem, s. 35. Problematykę tę rozwija M. Chlamtacz również w dalszej części swej pracy. Odnosi się tam do *rei vindicatio* oraz *hereditas petitio*. Podkreśla, iż nie ma żadnych dowodów, że w prawie klasycznym *arbitrium de restituendo* obejmowało również owoce przedprocesowe, i to również w odniesieniu do posiadacza w złej wierze. Zob. M. Chlamtacz, *O nabyciu owoców...*, s. 91—94.

¹¹ Ibidem, s. 41.

¹² M. Chlamtacz zadaje pytanie, z jakiej przyczyny separacja traktowana jest jako „formalno-prawny moment”, w którym posiadacz w dobrej wierze nabywa własność na owocach. Samo zaś stwierdzenie, że ta chwila ma charakter „pozytywno-prawny” i dzieje się to *vi legis* nie rozwiązuje istoty problemu. Po drugie — w odniesieniu do płodów rolnych — wskazuje, iż termin restytucji owoców jest absolutnie przypadkowy — zależny całkowicie od wniesienia *rei vindicatio*, albowiem w przypadku pozbycia przez posiadacza w dobrej wierze wszystkich pożytków właściciel otrzyma jedynie sam grunt. W przypadku z kolei, gdy pożytki z kilku lat znajdują się u posiadacza, to wówczas właściciel otrzyma znacznie więcej niż mu się należy. Kwituje zatem M. Chlamtacz, iż w tym wypadku rozstrzyga „prosty traf”. Ponadto zdaniem M. Chlamtacza obowiązek wydania *fructus extantes* może doprowadzić gospodarstwo posiadacza w dobrej wierze do ruiny, chociażby z tej przyczyny, że mogą posiadać znaczną wartość. Nie jest również prawdziwym twierdzenie Petrażyckiego, że *fructus extantes* stanowią niezbędny element służący do utrzymania każdego przedsiębiorstwa, a nie tylko gospodarstwa rolnego. Twierdzenie Petrażyckiego, jakoby obowiązek wydania pożytków jeszcze nie zużytych wynikał z „ekonomicznej potrzeby rzeczy”, która wydaje pożytki, jest chybiony o tyle, że jeżeli „padła kłacz, właściciel może obyć się bez źrebięcia, chociaż ono znajduje się w rękach posiadacza!”. Błędne jest również, zdaniem M. Chlamtacza, twierdzenie Petrażyckiego o braku bezwzględnego znaczenia reguły, zgodnie z którą przeznaczeniem owoców jest ich konsumpcja. Czy bowiem fakt, że pożytki, stosownie do ich przeznaczenia są konsumowane, ma decydować o zwolnieniu z odpowiedzialności za uzyskane w ten sposób korzyści? Zob.: M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 41—45.

Dostrzega to recenzujący pracę M. Chłamtacza F. Zoll¹³. Recenzent podkreśla jednak, że pogląd wyrażony przez L. Petrażyckiego w znakomitej monografii *Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten*, stanowi odpowiedź na wyrażone przez K. Czyhlarza stanowisko¹⁴. Ostatni z uczonych w kontynuacji pandektów C.F. Glücka przyjął, że rzymscy prawnicy klasyczni przyznawali posiadaczowi w dobrej wierze „pełną i nieodwołalną własność” pożytków *ante litem* oraz że obowiązek ich restytucji, w przypadku, gdy nie zostały skonsumowane, został wprowadzony przez kompilatorów Justyniańskich¹⁵. Przeciwno temu stanowisku wystąpił L. Petrażycki, który stanął w obronie przyjętych w kompilacji Justyniańskiej reguł, starając się jednocześnie obalić wywody K. Czyhlarza¹⁶. Zdaniem F. Zolla pogląd K. Czyhlarza podzielił M. Chłamtacz, jednakże jego zasadniczym celem było sprzeciwienie się pogładowi wyrażonemu przez L. Petrażyckiego¹⁷.

M. Chłamtacz w swej rozprawie odnosi się także do teorii historycznej, której — jak się okazuje — jest zwolennikiem. Wynika z niej, że obowiązek świadczenia niezużytych owoców jest wynikiem interpolacji. To z kolei w jego ocenie dowodzi, że w klasycznym prawie rzymskim posiadacz w dobrej wierze uzyskiwał wszelkie owoce przedprocesowe „na pełną, definitywną i nieodwołalną własność”¹⁸. Pogląd ten związany jest z tezą pracy M. Chłamtacza, która, zdaniem F. Zolla, zasługuje na uznanie¹⁹.

¹³ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chłamtacz, prof. Uniwersytetu Lwowskiego: „O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w klasycznym prawie rzymskim z uwzględnieniem prawa cywilnego austriackiego i niemieckiego”*. Lwów 1903, str. VIII i 219. „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne. Organ Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Towarzystwa Prawniczego i Ekonomicznego w Krakowie” 1904, s. 218—226.

¹⁴ Por. L. Petrażycki: *Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten*. Berlin 1892.

¹⁵ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chłamtacz...*, s. 219; por.: K. Czyhlarz: *Buch 41, Titel 1, De acquirendo rerum dominio*. In: C.F. Glück: *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Kommentar*. Erlagen 1887.

¹⁶ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chłamtacz...*, s. 219.

¹⁷ Ibidem; F. Zoll zwraca uwagę, iż, zdaniem M. Chłamtacza, stanowisko K. Czyhlarza posiada również wady. Nie zbadał w nim bowiem, na czym polega formalna strona nabycia pożytków oraz czym uzasadnione jest takie a nie inne rozwiązanie problemu w prawie klasycznym.

¹⁸ M. Chłamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 46. Uczony czyni również wzmiankę na temat teorii historycznej Thomsena, który przedstawia dwie zasady: „substancjalną” i „kreacyjną” odnoszącą się do owoców. Tym niemniej, interesujące wywody tego autora pozbawione są źródłowego uzasadnienia.

¹⁹ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chłamtacz...*, s. 220.

Źródła

M. Chlamtacz w swej rozprawie dokonuje przeglądu fragmentów źródłowych. Poprzez ich egzegezę stara się wykazać, że *bonae fidei possessor* jest właścicielem owoców, a klasyczne prawo rzymskie przyjmowało, iż posiadacz w dobrej wierze zyskuje wszystkie owoce przedprocesowe. Poniżej zostaną zaprezentowane niektóre z nich.

Istotne miejsce w rozważaniach M. Chlamtacza zajmuje fragment I. 2,1,35. Jego analiza ma pomóc w określeniu stosunku posiadacza *bonae fidei* do owoców²⁰.

I. 2,1,35: *Si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua iusta causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

I. 2,1,35: „Jeżeli ktoś od osoby nie będącej właścicielem, którą uważał za właściciela, w dobrej wierze grunt kupił albo otrzymał z tytułu darowizny lub innej przyczyny uznanej przez prawo, na podstawie naturalnego rozsądku zostało przyjęte, że pożytki, które zebrał, należą do niego za uprawę i troskę. Dlatego, jeśli potem pojawia się właściciel i domaga się wydania gruntu, nie może występować o zużyte przez tamtego pożytki. Temu zaś, kto świadomie cudzy grunt posiadał, nie jest przyznane to samo. Tak więc zmusza się go do zwrotu także z gruntem pożytków, chociażby zostały zużyte”²¹.

M. Chlamtacz, odnosząc się do przytoczonego powyżej fragmentu, stawia tezę, iż jego początkowa część, pomimo wątpliwości wyrażanych przez A. Pernice’a, nie została interpolowana²². Co więcej, wyraża ona odpowiadającą klasycznym wzorcom zasadę nabycia wszystkich owoców na własność. Jego zdaniem przeróbkom kompilatorskim uległa dalsza część fragmentu rozpoczynająca się od słów *et ideo...*, albowiem wykluczona w niej została odpowiedzialność *bonae fidei possessor* za *fructus consumpti*. Pośrednio wyrażony w nim został obowiązek wydania *fructus extantes* przez posiadacza w dobrej

²⁰ M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 15—16.

²¹ Tłum. pol.: C. Kunderewicz: *Instytucje Justyniana*. Warszawa 1986, s. 67—68.

²² A. Pernice stwierdza, iż słowa *quos percepit* i *pro cura et cultura* były interpolowane. M. Chlamtacz podkreśla jednak, że usiłowania nabycia prawa własności *pro cultura et cura* były znane już w klasycznym prawie rzymskim. M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 60.

wierze. To, zdaniem uczonego, jest sprzeczne z początkową częścią fragmentu i wyrażoną tam zasadą *pro cultura et cura*. Zdaniem romanisty *bonae fidei possessor* powinien otrzymać wszystkie albo chociażby „zapracowane” pożytki²³. Analiza wskazanego fragmentu prowadzi zdaniem uczonego do fatalnego wniosku, albowiem: „ponieważ owoce należą do posiadacza w dobrej wierze (I część), przeto odpowiada on za *fructus consumpti* (II część)”²⁴. Na tej podstawie M. Chłamtacz wysuwa wniosek, iż redaktorzy Instytucji są autorami fragmentu dotyczącego konsumpcji. Dopiero bowiem po jego opuszczeniu pozostała część fragmentu zyskuje pierwotny sens²⁵. Z takim twierdzeniem nie zgadza się recenzent pracy M. Chłamtacza²⁶. F. Zoll w swej recenzji dostrzega bowiem, iż pogląd lwowskiego uczonego dotyczący fragmentu I. 2,1,35 jest zbieżny z zapatrywaniem K. Czyhlarza²⁷. Zdaniem F. Zolla nie można jednak mówić o jego interpolacji. Jest to bowiem fragment Instytucji Justyniańskich, a więc dzieła „sporządzonego przez prawników justyniańskich, którzy je wprawdzie ułożyli na wzór instytucji Gaia, ale mieli zupełnie wolną rękę”²⁸. Ich zadaniem było jedynie skreślenie zasad prawnych, które zostały przyjęte w Digestach i Kodeksie²⁹.

Jednym z ustępów źródeł przytoczonych dla poparcia tezy przez M. Chłamtacza jest także fragment wypowiedzi Paulusa:

²³ Ibidem, s. 60.

²⁴ Ibidem, s. 61.

²⁵ Ibidem. Podobnie kompilatorowie „udoskonaliłi” fragment wypowiedzi Papiniana zamieszczony w D. 20,1,1,2 wprowadzając do niego słowo „consumptos”. Zob. M. Chłamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 62. Por. też: D. 20,1,1,2: (Papinianus *libro undecimo responsorum*): *Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt*. Tłum. pol.: D. 20,1,1,2: (Papinianus w księdze jedenastej *Odpowiedzi prawnych*): „Gdy zostanie zastawiony grunt, należy wyraźnie zastrzec, że pożytki, które on przynosi, również są tym prawem obciążone. <Tak więc> jeśli nabywca <owego gruntu> w dobrej wierze zużył je, nie będzie zmuszony do ich zwrotu, będąc pozwanym <przez wierzyciela> za pomocą skargi analogicznej stworzonej na wzór skargi serwiańskiej. Uznano bowiem, że zasiedzenie <przedmiotu hipoteki> nie powoduje jej wygaśnięcia, ponieważ kwestia ważności hipoteki jest niezależna od woli właściciela <obciążonej nią rzeczy>. W przypadku pożytków jest inaczej ponieważ nigdy nie należały one do dłużnika.”, Tłum. pol.: *Digesta Justyniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. IV. Księgi 20—27*. Red. T. Palmirski. Kraków 2014, s. 11.

²⁶ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chłamtacz...*, s. 221.

²⁷ Ibidem, s. 221. Z tym też zgadza się i F. Zoll, który potwierdza, iż opuszczając wyrazy *ab eo consumptis* we fragmencie I. 2,1,35 uzyskujemy regułę prawa klasycznego.

²⁸ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chłamtacz...*, s. 221.

²⁹ Ibidem, s. 221. Zdaniem F. Zolla „tylko tam, gdzie pewien ustęp z tych instytucji wprost wyjęty został z dzieła prawnika klasycznego i uległ widocznej przeróbce, można wniosek na prawidło prawa klasycznego czynić”.

D. 41,1,48, pr. (Paulus *libro septimo ad Plautium*): *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori.*

D. 41,1,48, pr. (Paulus w księdze siódmej Komentarza do pism Plautiusa): „Nabywca w dobrej wierze, obejmując w posiadanie pożytki nawet z cudzej rzeczy, bez wątpienia czyni tymczasem swoimi nie tylko te <z nich>, które uzyskał dzięki swoim staraniom i pracy, lecz wszystkie, ponieważ jego pozycja jest zbliżona do właściciela, jeśli chodzi o pożytki. Ponadto stają się one nabywcy w dobrej wierze natychmiast po tym, jak zostały odłączone od gruntu, <nawet> zanim je obejmie w posiadanie. I nie ma znaczenia czy tę rzecz, którą nabyłem w dobrej wierze, można zasiedzieć po długim czasie, czy też nie, jak na przykład kiedy należy do podopiecznego lub została objęta w posiadanie przemocą, albo gdy podarowano ją namiestnikowi prowincji wbrew przepisom ustawy skierowanej przeciwko nadużyciom urzędników rzymskich w prowincjach, i została ona sprzedana przez niego nabywcy w dobrej wierze³⁰.”

Uczony formułuje tezę, iż powyższy fragment w przedstawionej postaci nie wyszedł spod pióra Paulusa. Zdaniem M. Chlamtacza mają na to wskazywać dostrzeżone przez niego zmiany podmiotu. W pierwszym i drugim zdaniu wypowiedzi Gaiusa podmiotem jest *bonae fidei emptor* (nabywca w dobrej wierze), natomiast w trzecim zdaniu podmiot zmienia się na *ego* (ja). Co więcej, na końcu trzeciego zdania (tego, w którego początkowym fragmencie podmiot zmienił się na *ego*) mowa jest z kolei o nabywcy w dobrej wierze (*bonae fidei emptor*). Skoro więc na końcu zdania trzeciego nie znalazło się zamiast *bonae fidei emptor* słowo *mihi* (mnie), to w ocenie uczonego fragment ten został interpolowany³¹. Podobnie słówka: *interim* (tymczasem, również) i *paene* (prawie, niemal), zdaniem M. Chlamtacza, pochodzą od kompilatorów. Romanista twierdzi również, że słowo *interim* nie może być tłumaczone w oderwaniu od zdania drugiego fragmentu, albowiem prawo własności pochodzące ze zdania pierwszego i drugiego nie różni się niczym³². W przypadku zaś słowa *paene*,

³⁰ Tłum. pol.: *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. VI.2. Księgi 41–44*. Red. T. Palmirski. Kraków 2016, s. 35.

³¹ M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 58.

³² *Ibidem*, s. 59; M. Chlamtacz spostrzega, iż jeżeli nawet by przyjąć, że słowo *interim* pochodzi od Paulusa „to jest ono z punktu widzenia definitywnej własności zupełnie na miejscu, gdyż zaznacza jeno okoliczność, iż owo uprawnienie pobierania owoców na własność jest chwilowe, iż kresem jest pro futuro *mala fides* posiadacza, względnie wyniesienie skargi przez właściciela”.

jego użycie wskazuje, iż *bonae fidei possessor*, uważany jest za „prawie właściciela”³³. Tym niemniej, zdaniem uczonego, z fragmentu można wyinterpretować, iż *bonae fidei possessor* nabywa na własność wszelkie pożytki³⁴. Z takim punktem widzenia zgadza się F. Zoll, który wysnuwa wniosek, iż skoro jest to fragment wyjęty z dzieła Paulusa, nie można przyjąć, iż użyłby w nim tak „zagadkowych” słówek jak *interim* i *paene*. W jego ocenie M. Chlamtacz słusznie zauważa, że słowa te zostały interpolowane, przychylając się tym samym do poglądu wyrażonego przez K. Czyhlarza³⁵.

Interesująca jest również analiza innych fragmentów. Próbując udowodnić postawioną tezę, M. Chlamtacz odwołuje się także do wypowiedzi Marciana:

D. 20,1,16,4 (Marcianus *libro singulari ad formulam hypothecariam*): *Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit.*

D. 20,1,16,4 (Marcianus w księdze jedynej monografii *O skardze z tytułu hipoteki*): „Czasami sędzia, rozpoznając sprawę <dotyczącą hipoteki>, powinien wziąć pod uwagę pożytki, <jakie przyniosła stanowiąca jej przedmiot rzecz>, i przysądzić te, które powstały od czasu ustanowienia sporu. Co by mianowicie było, gdyby <obciążony hipoteką> grunt był wart mniej niż dług, który się należy? <Sędzia> nie może bowiem orzekać odnośnie do pożytków uzyskanych <z owego gruntu>, zanim powstał spór, chyba że wciąż <one> istnieją, a zastawiona rzecz nie wystarcza <na zaspokojenie wierzyciela>”³⁶.

Lwowski romanista dochodzi do wniosku, iż końcowy fragment wypowiedzi jurysty: *nisi extent et res non sufficit* (chyba, że wciąż istnieją, a zastawiona rzecz nie wystarcza) został interpolowany. Interpretując bowiem wypowiedź Marciana bez dodanego przez kompilatorów fragmentu można uzyskać regułę, zgodnie z którą posiadacz w dobrej wierze pozwany za pomocą *actio hypothecaria* nie jest zobowiązany do wydania owoców przedprocesowych, gdyż przypadają one na jego „nieograniczoną własność”³⁷.

³³ Nie można jednak przemilczeć, że M. Chlamtacz trochę błędzi, albowiem, raz wskazuje, iż słówka pochodzą od kompilatorów i zaburzają rozumienie fragmentu, potem dochodzi do wniosku, że nie szkodzą jego interpretacji, by wreszcie skonstatować, że bez nich fragmenty są czytelniejsze (!). Zob.: M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 59.

³⁴ Ibidem, s. 60.

³⁵ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 221.

³⁶ Tłum. pol.: *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie.. Tekst i przekład. IV. Księgi 20—27*. Red. T. Palmirski. Kraków 2014, s. 21.

³⁷ M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 65.

Interpolacji zdaniem M. Chlamtacza uległ również fragment wypowiedzi Paulusa:

D. 10,1,4,2 (Paulus *libro vicensimo tertio ad edictum*): *Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur: sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet.*

D. 10,1,4,2 (Paulus w księdze dwudziestej trzeciej Komentarza do edyktu): „Po ustanowieniu sporu skarga ta obejmuje pożytki. Od tego momentu odpowiada się bowiem zarówno za niedbalstwo, jak i za zły zamiar. Pożytki pobrane przed wszczęciem procesu nie zawsze są jednak objęte skargą, bo albo ktoś pobiera je w dobrej wierze i powinno mu to dać korzyść, jeśli je zużył, albo w złej wierze, a wtedy należy wystąpić ze skargą z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia”³⁸.

Romanista spostrzeża, iż treść fragmentu, jaka została przekazana przez kompilatorów justyniańskich, nie pozwala dokonać rozróżnienia pomiędzy owocami przedprocesowymi i tymi, które zostały zebrane po rozpoczęciu sporu. Jedynym sposobem na wydobycie kontrastu jest pominięcie fragmentu mówiącego o konsumpcji (*si eos consumpsit*). Przyjęcie interpolacji tego fragmentu powoduje, w jego ocenie, nie tylko uzyskanie „dobrego związku” pomiędzy obiema częściami fragmentu, ale przede wszystkim potwierdzenie reguły prawa klasycznego, zgodnie z którą posiadacz w dobrej wierze uzyskuje wszelkie owoce przedprocesowe³⁹.

Interesujące są także dwie wypowiedzi Papiniana:

D. 6,1,48 (Papinianus *libro secundo responsorum*): *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.*

D. 6,1,48 (Papinianus w księdze drugiej Odpowiedzi prawnych): „Posiadacz w dobrej wierze nie może żądać zwrotu nakładów, jakie poczynił na grunt, który okazał się cudzą własnością, ani od tego, kto mu go darował, ani od jego właściciela. Uzyska je jednakże po podniesieniu zarzutu podstępu na mocy

³⁸ Tłum. pol.: *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. II. Księgi 5–11.* Red. T. Palmirski. Kraków 2013, s. 371.

³⁹ M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 85. Dla poparcia swej tezy dotyczącej owoców przedprocesowych M. Chlamtacz przytacza także m.in. fragmenty D. 22,1,10; D. 6,1,78; D. 7,4,13.

obowiązków urzędu sędziego, na zasadzie słuszności, jeśli mianowicie nakłady przewyższają wartość pożytków pobranych przed ustanowieniem sporu. Tak więc po dopuszczeniu do potrącenia, właściciel zmuszony jest zwrócić nadwyżkę nakładów, które doprowadziły do poprawy stanu gruntu (zwiększenia jego wartości i użyteczności)⁴⁰.

D. 6,1,65, pr (Papinianus *libro secundo responsorum*): *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recipaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*

D. 6,1,65, pr (Papinianus w *księdze drugiej Odpowiedzi prawnych*): „Po podniesieniu zarzutu podstępny nabywca gruntu, który kupił go od osoby niebędącej właścicielem, będzie zmuszony zwrócić go właścicielowi wtedy, gdy odzyska pieniądze zapłacone wierzycielowi, u którego nieruchomości była w zastawie, oraz nadwyżkę odsetek należnych za okres od chwili zapłaty <do chwili ustanowienia sporu>, o ile oczywiście pożytki pobrane przed ustanowieniem sporu miały mniejszą wartość. Słuszne jest bowiem, by pożytki te potrącane były jedynie z ostatnio powstałymi odsetkami, na wzór nakładów poniesionych na grunt”⁴¹.

Romanista na podstawie słów Papiniana dochodzi do wniosku, iż w ocenie jurysty pożytki uzyskane z rzeczy przed rozpoczęciem sporu są ekwiwalentem nakładów poczynionych na rzecz. Jeżeli pożytki uzyskane *ante litem* mają wartość równą wartości nakładów, to wówczas rozstrzygający sprawę sędzia nie ma podstaw do tego, aby szacować wartość pobranych przed procesem pożytków⁴². Z kolei jeśli wartość pożytków przedprocesowych przekracza wartość nakładów poczynionych na rzecz, to wówczas nadwyżka stanowi zysk posiadacza w dobrej wierze. M. Chlamtacz zwraca jednak uwagę, iż takie zapatrywanie jest sprzeczne ze sformułowaną w kompilacji regułą *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*. Tak więc, zdaniem autora rozprawy, z wypowiedzi Papiniana wynika, iż pożytki stanowią surogat nakładów czynionych na rzecz. Posiadacz w dobrej wierze może bowiem liczyć na to, iż o ile dokonane przez niego nakłady będą rozsądne i celowe, to wówczas znajdzie ich pokrycie właśnie w pożytkach⁴³.

⁴⁰ Tłum. pol. *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. II. Księgi 5—11*, Red. T. Palmirski. Kraków 2013, s. 128.

⁴¹ Tłum. pol.: *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. II. Księgi 5—11*. Red. T. Palmirski. Kraków 2013, s. 133.

⁴² M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 97.

⁴³ *Ibidem*, s. 98—100.

I te wywody M. Chlamtacza spotkały się z odzewem ze strony recenzentów. Do analizy wskazanych powyżej fragmentów przez M. Chlamtacza ustosunkowuje się F. Zoll. Przytacza fragment wypowiedzi lwowskiego uczonego, który twierdzi, iż zdaniem Papiniana „właściciel winien zwrócić posiadaczowi nadwyżkę wkładów lub odsetki od spłaconego kapitału ponad wartość *ante litem* pobranych owoców [...] o ile zatem owoce wyrównają wartość wkładów, względnie odsetki spłaconego kapitału od chwili zapłaty, aż po chwilę *lis inchoata*, sędzia nie będzie miał powodu wchodzić w rozpatrywanie ilości pobranych *ante litem* owoców”⁴⁴. Zdaniem F. Zolla nie chodzi tutaj jednak jedynie o odsetki ze spłaconego kapitału, jednakże i o zabezpieczony na gruncie kapitał. Wątpliwości co do wniosków M. Chlamtacza dotyczących rozstrzygnięć Papiniana zawartych we fragmentach D. 6,1,48 i D. 6,1,65, pr wyraża również S. Wróblewski. Kwestionuje jego interpretację, zgodnie z którą przyznaje on pożytki pobrane *ante litem* posiadaczowi w dobrej wierze na częściowe pokrycie nakładów użytecznych na rzecz⁴⁵. Jego zdaniem autor błędnie przyjmuje, iż „jeżeli owoce kryją wkłady nadzwyczajne, których wynagrodzenia w zasadzie miałyby posiadacz domagać się od pozbywającego właściciela, to oczywiście wychodzi Papinian z założenia, że *b.f.p.* w ogóle ma do owoców prawo niczem nieograniczone”⁴⁶.

Argumenty przemawiające za regułą „*bonae fidei possessor fructus suos facit*”

M. Chlamtacz rozważa również słuszność koncepcji przyznania posiadaczowi w dobrej wierze wszystkich pożytków. Odnosi się przy tym do tzw. teorii produkcyjnej, która, w jego ocenie, może stanowić podstawę do nabycia owoców. Co prawda, pomimo iż teoria nie uzyskała większego znaczenia we współczesnej mu nauce prawa rzymskiego, to jednak stara się wskazać, iż w prawie klasycznym spotkała się z akceptacją jurystów⁴⁷. W tym celu przyta-

⁴⁴ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 222; por. M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 97.

⁴⁵ S. Wróblewski: *Dr. Marcelli Chlamtacz. O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w klasycznym prawie rzymskim z uwzględnieniem prawa cywilnego austriackiego i niemieckiego*, Lwów 1903, VIII i 219 s. „Przegląd Prawa i Administracji” 1904, T. 29, s. 73.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 73.

⁴⁷ M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 105; D. 22,1,25,2 (Iulianus *libro septimo digestorum*) *Bonae fidei emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse: an perceptione fructus suos faciat, quaeritur. respondi, bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus*

cza fragmenty źródeł, które, jego zdaniem, wskazują na uznanie idei produkcyjnej⁴⁸. Dochodzi również do wniosku, iż w odniesieniu do płodów rolnych, będących w istocie najstarszą odmianą pożytków klasycznych, przyjęcie teorii produkcyjnej pozwoliło na przyznanie wszelkich pożytków posiadaczowi w dobrej wierze. Jednak z biegiem czasu, w miarę rozwoju pojęcia „pożytku”, nie dało się już oprzeć nabycia przez posiadacza w dobrej wierze, w związku z czym teoria ta uległa odrzuceniu⁴⁹. M. Chlamtacz podkreśla również, że w miarę upływu czasu dla nabycia własności pożytków przez posiadacza w dobrej wierze decydująca stała się separacja zamiast percepcji. Dopóki teoria produkcyjna rządziła nabyciem pożytków przez *bonae fidei possessora*, dopóty percepcja jako akt ją kończący rozstrzygała o nabyciu własności. Kiedy z kolei posiadacza w dobrej wierze postawiono na równi z właścicielem, wówczas separacja stała się istotna z tego powodu, że określała chwilę, w której pożytek rozpoczyna istnieć jako rzecz samoistna⁵⁰.

S. Wróblewski, nie kwestionując wprawdzie w ogóle istnienia teorii produkcyjnej, neguje historyczne poglądy M. Chlamtacza. Zastanawia się, jak

quem bona fide emero tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquirat, quamdiu a me evictus non fuerit; Tłum. pol.: D. 22,1,25,2 (Iulianus w księdze siódmej *Digestów*): „Nabywca w dobrej wierze dokonał zasiewu i zanim zebrał pożytki, dowiedział się, że grunt jest własnością innej osoby. Zadano pytanie, czy nabywa własność pożytków w wyniku objęcia ich w posiadanie przez odłączenie od gruntu. Udzieliłem odpowiedzi, że w odniesieniu do pobieranych pożytków nabywcy w dobrej wierze należy uważać za występującego w tym charakterze, dopóki grunt nie ulegnie ewikcji. Także bowiem cudzy niewolnik, którego kupię w dobrej wierze, tak długo będzie nabywał <dla mnie> za pomocą mojego majątku i z tytułu swojej pracy, dopóki nie zostanie mi odebrany wskutek ewikcji”. Tłum. pol.: *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. IV Księgi 20–27*. Red. T. Palmirski. Kraków 2014, s. 35. D. 41,1,48,1 (Paulus *libro septimo ad Plautium*): *In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat: hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat: nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit*; Tłum. pol.: D. 41,1,48,1 (Paulus w księdze siódmej *Komentarza do pism Plautiusa*): „Z drugiej strony zachodzi pytanie, czy jeśli w tym czasie, kiedy rzecz jest przekazywana, sądziłbym, że jest <ona> sprzedającego, a potem dowiem się, że jest cudza, to ponieważ doszło do zasiedzenia, pożytki staną się moimi? Pomponius twierdzi, że należy wątpić, czy staje się on posiadaczem w dobrej wierze, chociaż dokonuje zasiedzenia. Pierwsza kwestia odnosi się bowiem do prawa, to znaczy do zasiedzenia, a druga dotyczy faktu, czy ktoś jest posiadaczem w dobrej, czy złej wierze. Nie ma w tym zakresie znaczenia, że dochodzi do zasiedzenia, ponieważ w przeciwnej sytuacji ten, kto nie może zasiedzieć rzeczy z powodu jej wady <prawnej>, nabywa <jednak> własność pożytków”. Tłum. pol. *Digesta Iustiniani. Digesta Justyniańskie. Tekst i przekład. VI.2. Księgi 41–44*. Red. T. Palmirski. Kraków 2016, s. 35.

⁴⁸ Szczególne znaczenie jego zdaniem odgrywa tutaj fragment D. 22,1,45, w którym Pomponius odnosi się do idei produkcyjnej, por. M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 111.

⁴⁹ Ibidem, s. 116–122.

⁵⁰ Ibidem, s. 122–123.

zaklasyfikować teorię produkcyjną — czy jako ideę, czy jako teorię⁵¹. Teoria produkcyjna stanowi, w jego ocenie, konsekwencje idei produkcyjnej, natomiast klasyczne prawo rzymskie w ogóle jej nie uznaje — i w tym zakresie „sprostować” należy ustalenia M. Chlamtacza⁵². Przede wszystkim, zdaniem recenzenta, M. Chlamtacz przyjmuje błędną podstawę wniosku, ponieważ prawo rzymskie nigdy nie знаło teorii produkcyjnej w kształcie zaprezentowanym przez romanistę. Działo się tak, ponieważ także jej przeciwnicy nie dopuszczali możliwości zwrotu nabytych owoców⁵³. S. Wróblewski uważa, iż również źródła nie przemawiają za prezentowanym przez autora stanowiskiem. Krytykuje próbę przedstawienia Juliana jako „produkcyjny”, wskazując, iż nieracjonalne jest twierdzenie uczonego, iż jurysta mógł dojść w D. 22,1,25,2 do wniosków „energicznie zwalczanych” w § 1 i *principium*⁵⁴.

M. Chlamtacz podaje również liczne przykłady przemawiające za uznaniem słusznej, jego zdaniem, hipotezy, iż wydanie przez posiadacza, przeciwko któremu skierowano *rei vindicatio* przedprocesowych *fructus extantes*, może doprowadzić go do ruiny. Krytykuje zarazem L. Petrażyckiego, który, jego zdaniem, niesłusznie opowiada się za obowiązkiem restytucji owoców jeszcze nie skonsumowanych⁵⁵. Podkreśla, że z niespodziewanym odebraniem posiadaczowi w dobrej wierze owoców wiąże się niebezpieczeństwo, któremu nie mógł zapobiec. Dobra wiara, w której pozostawał, nie pozwoliła mu na przewidzenie niebezpieczeństwa, dlatego też rzymskie prawo klasyczne zwalniało go z obowiązku restytucji wszystkich owoców przedprocesowych⁵⁶. Zdaniem M. Chlamtacza przyznanie posiadaczowi w dobrej wierze wszystkich owoców przedprocesowych prowadzi do zapewnienia należytego „toku gospodarstwa wedle planu z góry ułożonego”, jak również usunięcia przypadkowego nie-

⁵¹ S. Wróblewski: *Dr. Marceli Chlamtacz...*, s. 74. S. Wróblewski podkreśla, że jeśli chodzi o samą ideę, to z pewnością była ona znana rzymskim jurystom. Stwierdza bowiem, iż „żadnemu rzymskiemu juryście nie było tajne, iż przy niektórych owocach praca ludzka gra dużą rolę”.

⁵² S. Wróblewski: *Dr. Marceli Chlamtacz...*, s. 74.

⁵³ Ibidem, s. 74.

⁵⁴ Ibidem, s. 75. Należy jeszcze wspomnieć, iż zdaniem S. Wróblewskiego, gdyby rozstrzygnięcie Juliana było rzeczywiście oparte na teorii produkcyjnej to z jakiej przyczyny Pomponius, który w opinii S. Wróblewskiego był jedynym zwolennikiem teorii produkcyjnej rozstrzygnięcia Juliana nie przyjął?

⁵⁵ M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 123—127; M. Chlamtacz podkreśla, iż „wyłączną zasługą Petrażyckiego jest wydobyć ze źródeł postulat chronienia jednostek przed skutkami niespodziewanego usunięcia im dóbr majątkowych, które uważając za swoje zużyli. Stojąc na stanowisku kompilacji, która wedle opinii autora jest wiernym odbiciem wyobrażeń klasycznych, stara się on wykazać, iż właśnie w uwzględnieniu wyżej wspomnianego postulatu prawodawca rzymski »darowuje« b.f.p. owoce skonsumowane, bo one tylko sprowadzić mogą na b.f.p., a w dalszych konsekwencjach na gospodarstwo społeczne, fatalne skutki gospodarowania opartego na niepewnej koniunkturze”. Zob. M. Chlamtacz: *O nabyciu owoców...*, s. 127.

⁵⁶ Ibidem, s. 127.

bezpieczeństwa związanego z nabyciem rzeczy z rąk nie-właściciela. W tym ostatnim przypadku, gdyby nawet okazało się, że rzecz miałby oddać prawowitemu właścicielowi, to przynajmniej pożytki pozostałyby jego własnością⁵⁷. Zdaniem romanisty również postulaty etyki przemawiają za przyjęciem zasady *bonae fidei possessor fructus suos facit*. Nie zgadza się z twierdzeniem L. Petrażyckiego, który uważa, że „obowiązek wydania *extantium* odpowiada poczuciu uczciwie myślących ludzi”⁵⁸. L. Petrażycki uważa bowiem, że zasada prawa klasycznego, która zwalnia posiadacza w dobrej wierze od obowiązku świadczenia wszelkich owoców, jest sprzeczna nie tylko z postulatami etyki, ale również „wyobrażeniami uczciwie myślących ludzi”⁵⁹.

M. Chlamtacz, krytykując obowiązek zwrotu *fructus extantes*, nazywa go „dorywczą i niewykończoną reformą klasycznego prawa rzymskiego”. Zasadniczym zarzutem, który przedstawia lwowski uczony, jest brak faktycznej możliwości rozróżnienia pomiędzy *fructus extantes* a *fructus consumpti* w klasycznym prawie rzymskim. Wykazuje również, iż w klasycznych tekstach nie występuje podział na pożytki cywilne i pożytki naturalne, ponieważ każdy periodyczny dochód z jakiegokolwiek kapitału traktują jako *fructus*⁶⁰. Dlatego też reguła *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit* jest, zdaniem M. Chlamtacza, skuteczna jedynie wobec pożytków, które zostały pobrane *in natura*. Jeżeli przyjąć, że odsetki za zgodę używania rzeczy należy traktować również jako pożytki, to wówczas okaże się, że podziału na *fructus extantes* i *fructus consumpti* nie da się w tym wypadku zastosować. To natomiast wskazuje, iż prawo rzymskie traktowało wszelkie pożytki tak samo. Jeżeli zaś kompilatorzy przez swą reformę chcieli osiągnąć cel: „niech da, co ma”, to w ocenie M. Chlamtacza celu zamierzonego nie osiągnęli⁶¹. W praktyce wbrew swym założeniom zysk „wpychają do rąk *bonae fidei* posiadacza”⁶². Niepożądaną konsekwencją są również związane z konsumpcją owoców *mala fide*, których separacja nastąpiła jeszcze w chwili, gdy posiadacz był w dobrej wierze⁶³. Źródła bowiem nie dostarczają jednoznacznego rozstrzygnięcia, czy wystarczająca jest dobra wiara w chwili separacji, czy też w chwili konsumpcji. Zdaniem lwowskiego uczonego reguła *bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit* nie znajduje zastosowania w razie późniejszej złej wiary posiadacza i w tym wypadku posiadacz jest zobowiązany do zwrotu pożytków⁶⁴. Ponadto, również wszelkie próby wyjaśnienia stanowiska kompilatorów nie są w stanie dopro-

⁵⁷ Ibidem, s. 128.

⁵⁸ Ibidem, s. 131.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem, s. 154

⁶¹ Ibidem, s. 158.

⁶² Ibidem, s. 159.

⁶³ Ibidem, s. 160.

⁶⁴ Ibidem, s. 160—161.

wadzić do rezultatu, co leżało u podstaw sformułowania niesłusznej, zdaniem M. Chlamtacza, konstrukcji⁶⁵. S. Wróblewski, w recenzji pracy M. Chlamtacza, z aprobatą odnosi się do tezy uczonego, iż najdawniejszym pożytkiem były płody rolne i związana z nimi praca miała bardzo doniosłe znaczenie⁶⁶. Tym niemniej nie dowodzi to w ocenie polskiego Papiniana niczego więcej, niż tylko tego, że również przy tego rodzaju pożytkach nie traktowano „serio” teorii produkcyjnej⁶⁷. Zdaniem S. Wróblewskiego „teoria produkcyjna” w ujęciu zaprezentowanym przez M. Chlamtacza nie istniała w rzymskim prawie klasycznym⁶⁸. Nie zmieni tego „ładna i oryginalna hipoteza” autora dotycząca przeniesienia punktu ciężkości z percepcji na separację⁶⁹. Zdaniem S. Wróblewskiego lwowski uczonego zrealizował ten cel, ponieważ „umiejętnie odparł wymowne wywody” L. Petrażyckiego⁷⁰. Polemizuje jednak, czy „zwycięstwo” lwowskiego uczonego ma jakiegokolwiek znaczenie dla reguły justyniańskiej. W ocenie S. Wróblewskiego nie ma doniosłości, iż reguły *bonae fidei possessor fructus suos facit*, przypisywanej klasycznej jurysprudencji, nie można usprawiedliwić „polityczną racyją”⁷¹. S. Wróblewski podkreśla, iż nie chodzi o to, aby próbować udowodnić, jak wedle współczesnych poglądów rzymscy prawnicy powinni rozstrzygnąć kwestię pożytków, lecz to jak w rzeczywistości ją rozwiązali⁷². Odpowiedzieć na tak postawione pytanie mogą pomóc udzielić jedynie źródła,

⁶⁵ Ibidem, s. 163—165.

⁶⁶ S. Wróblewski: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 75.

⁶⁷ Ibidem, s. 75. Wskazuje na to, zdaniem S. Wróblewskiego, brak trudności związanych z rozszerzeniem pojęcia owocu. Stwierdza S. Wróblewski: „musimy więc przyjąć, że rzymskiemu *ius seminis* brak tego pierwiastka, o który Chlamtaczowi chodzi, że juryści rzymscy nie szukali w produkcji podstawy do zdjęcia z *b.f.* posiadacza wszelkiej odpowiedzialności. Przypuszczenie Chlamtacza, że najpierw przyznano mu inne owoce poza płodami rolnymi, a potem dopiero spostrzeżono, iż teoria produkcyjna do usprawiedliwienia nabycia w tym zakresie nie wystarcza, wmawia znów w jurystów rzymskich głęboki pogląd polityczno-prawny, aby ich równocześnie posądzić o to, iż się owemu poglądowi sprzeniewierzyli”.

⁶⁸ S. Wróblewski: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 76.

⁶⁹ Ibidem, s. 76; S. Wróblewski zgadza się z M. Chlamtaczem, iż to początkowo percepcja „stanowiła ogólną charakterystykę nabycia owoców”. Dopiero zaś późniejsza jurysprudencja „podkreśliła separację jako chwilę, w której owoc staje się rzeczą samoistną”. S. Wróblewski: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 76. Nie podziela jednak zdania M. Chlamtacza, iż percepcja rozstrzyga z punktu widzenia teorii produkcyjnej jako akt kończący produkcję i z tej przyczyny została usunięta na „drugi plan”. S. Wróblewski: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 77.

⁷⁰ Ibidem, s. 70

⁷¹ Ibidem. S. Wróblewski krytykuje zastosowaną w tym względzie przez M. Chlamtacza metodę „prawno-polityczną”, jako „niewłaściwą dla naukowego badania prawa rzymskiego”. Uważa bowiem, iż „rozumowanie stanowiące jej podstawę, polega na tem, że się przede wszystkim rzymskiej normie na podstawie jej brzmienia przypisuje pewne działanie społeczne, określa się je jako doskonałe i przerzuca się je w sferę zamiarów twórców prawa klasycznego w towarzystwie mniej lub więcej entuzjastycznego komplementu na ich cześć”. S. Wróblewski: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 66.

⁷² Ibidem, s. 70.

których „egzegezie [...] poświęca najwięcej miejsca i przeprowadza zupełnie zd. m. przekonujący dowód interpolacji”⁷³. Wymienia przy tym interpolacje odnalezione przez M. Chlamtacza, dostrzegając słuszność wywodów lwowskiego uczonego w tym zakresie⁷⁴. Zaznacza jednak, iż godząc się na rezultat, do którego doszedł M. Chlamtacz, nie przyjmuje bezkrytycznie wszelkich jego argumentów. Niejednokrotnie bowiem „wiara w prawdziwość własnego twierdzenia zaprowadziła go zbyt daleko”⁷⁵. Praca M. Chlamtacza dostarcza, zdaniem S. Wróblewskiego, niepodważalnego dowodu, iż rzymskie prawo klasyczne przyznało posiadaczowi w dobrej wierze wszelkie owoce bez obowiązku zwrotu. Rozprawa zawiera również cały szereg „oryginalnych myśli” dotyczących powstania reguły *bonae fidei possessor fructus suos facit* oraz jej późniejszych losów. S. Wróblewski podkreśla również, że nie w każdym przypadku zgadza się z prezentowanym przez M. Chlamtacza stanowiskiem, lecz zachodzi w tym wypadku jedynie „różnica zdań”. Wynikają one jedynie z tego, że recenzent w inny sposób postrzega dane kwestie. Podsumowuje jednak, iż „mamy do czynienia z pracą naukową w najlepszym tego słowa znaczeniu, która znacznie posuwa naukę prawa rzymskiego naprzód, choć w niektórych punktach nie zamyka ostatecznie dyskusji”⁷⁶.

F. Zoll twierdzi, że słuszne są wywody M. Chlamtacza, w których stwierdza, iż „niejednokrotnie zwolniony od restytucji może być najoczywściej zubożony, kiedy obowiązany do restytucji odda nie tylko całe *lucrum*, ale skutkiem tego może nadto narażony być na wielkie straty”⁷⁷. Z aprobatą odnosi się również do sformułowanej przez lwowskiego badacza konkluzji stanowiącej, iż „interes posiadacza *b.f.* w pozyskaniu wszystkich użytków da się usprawiedliwić, ale trudno to uczynić, gdy się użytki rozszarpie na *extantes* i *consumpti* jedne »czasami« odbiera a drugie darowuje”⁷⁸. F. Zoll uważa również za najważniejszy rozdział drugi rozprawy lwowskiego uczonego, zawierający analizę materiału źródłowego. Co prawda, recenzent dostrzega, iż stanowi on w części powtórzenie wywodów K. Czyhlarza i A. Pernice’a, jednakże, w jego ocenie, M. Chlamtacz przyczynił się do „dokładniejszego wyjaśnienia” analizowanej kwestii. W szczególności za zasługę poczytać mu należy odparcie podniesionych przez L. Petrażyckiego przeciwko K. Czyhlarzowi zarzutów⁷⁹. Przyznaje przy tym „niemałą zręczność i zapobiegliwość” M. Chlamtacza w wyszukiwaniu różnego rodzaju przyczyn, które mają udowodnić, iż prawnicy klasyczni byli zwolennikami reguły *bonae fidei possessor fructus suos facit*. Było to,

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem, s. 71.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem, s. 78.

⁷⁷ F. Zoll: *Dr. Marcelli Chlamtacz...*, s. 225.

⁷⁸ Ibidem, s. 225.

⁷⁹ Ibidem, s. 220.

jego zdaniem, tym bardziej konieczne, by przeciwstawić się pogładowi wyrażonemu przez L. Petrażyckiego. Zdaniem F. Zolla trudno jednak ocenić, kto zwyciężył w tym sporze, niemniej z bronią przez M. Chlamtacza zasadą „zgadza się w zupełności”⁸⁰. F. Zoll podsumowuje, iż recenzowane dzieło to „praca sumienna, godna pełnego uznania, którą autor przyczynił się do wyjaśnienia jednej z zawilszych kwestii w prawie rzymskim i w prawie dzisiejszym, a tem samym z bogactwem rzetelnie naszą ojczystą literaturę prawniczą”⁸¹.

Podsumowanie

Podsumowując, należy podkreślić, iż wywody M. Chlamtacza doprowadziły do uprawdopodobnienia interpolacji reguły *bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit*. Świadczą o tym wymownie opinie wyrażone przez recenzentów jego pracy: S. Wróblewskiego i F. Zolla. Praca lwowskiego romanisty stanowi również znaczący wkład nie tylko w dorobek polskiej, ale i europejskiej romanistyki prawniczej. Analizując poglądy M. Chlamtacza, można również poznać sposób działalności M. Chlamtacza, który w swej pracy naukowej nie szedł na skróty. Podejmował zagadnienia trudne i kontrowersyjne zarazem. Co więcej, nie bał się podjąć polemiki z luminarzami współczesnej romanistyki prawniczej. Świadczyć to może o jego doskonałym przygotowaniu do naukowej dyskusji. Nie można pominąć, iż przegląd rozprawy M. Chlamtacza oraz jej recenzji pozwolił ukazać specyfikę pracy naukowej czasów jego działalności. Widać wyraźnie, jak wówczas wyglądała naukowa dyskusja oraz jak powszechne były polemiki z autorami powstających dzieł. Dyskusja nie była złośliwa, ale przede wszystkim merytoryczna. Miała na celu jedynie wskazanie pewnych „wad” takiej czy też innej teorii. Przede wszystkim jednak jej zadaniem miało być danie impulsu do kolejnej, bardziej ożywionej dyskusji, która być może przyniosłaby rezultat w postaci dogłębniejszego przeanalizowania podejmowanego problemu.

⁸⁰ Ibidem, s. 223—224.

⁸¹ Ibidem, s. 226.

Grzegorz Nancka

Einige Bemerkungen zu Ansichten von Marcelli Chlamtacz über die Regel *bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit*

Schlüsselwörter: Marcelli Chlamtacz, römisches Recht, Nutzen, Nutzenerwerb, gutgläubiger Besitzer

Zusammenfassung: Marcelli Chlamtacz war einer von den Vertretern der Lemberger Schule des römischen Rechtes. Er interessierte sich u.a. für Problematik des Nutzens, der er eine detaillierte Monografie *O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w klasycznym prawie rzymskim z uwzględnieniem prawa cywilnego austriackiego i niemieckiego* [Zum gutgläubigen Erwerb der Gewinne vom Besitzer laut dem klassischen römischen Recht mit Rücksicht auf österreichisches und deutsches Zivilrecht] gewidmet hat. Darin versuchte er, die Interpolation der Regel *bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit* nachzuweisen. Der vorliegende Beitrag bezweckt, die Ansichten des Lemberger Gelehrten zu diesem Thema zu präsentieren. Der Verfasser stellt überdies die von anderen Romanisten aufgefassten Polemiken mit den von Chlamtacz vertretenen Ansichten dar.

Grzegorz Nancka

A Few Remarks on Marcelli Chlamtacz's Views on the Rule of *bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit*

Keywords: Marcelli Chlamtacz, Roman law, fruits, acquisition of fruits, holder in good faith

Summary: Marcelli Chlamtacz was one of the representatives of the Lviv school of Roman law. One subject of his interests was the issue of fruits. He devoted an extensive monograph to the acquisition of fruits by a holder in good faith, entitled *O nabyciu owoców przez posiadacza w dobrej wierze w klasycznym prawie rzymskim z uwzględnieniem prawa cywilnego austriackiego i niemieckiego* [On the Acquisition of Fruits by a Holder in Good Faith in Classical Roman Law, with a Consideration of Austrian and German Civil Law], where he attempted to demonstrate the interpolation of the rule of *bonae fidei possessor fructus <consumptos> suos facit*. The aim of this article is to present the Lviv scholar's views regarding this issue. The author also includes the polemics of other Romanists with Marcelli Chlamtacz's views.

VIKTORIYA SEMENOVA

Kijów

Recepcje prawa rzymskiego w obrzędzie święceń kapłańskich

Badając obrzędy liturgiczne Kościoła Rzymskokatolickiego, uczeni rzadko dostrzegają w nich recepcje prawa rzymskiego. Nieliczni zwracają uwagę na wpływ prawa rzymskiego na liturgię od strony kulturowej¹ lub raczej ceremonialnej, jak na przykład pisze o tym ks. Stanisław Araszczyk². Bardzo wartościowe wydaje się więc zbadanie obrzędów liturgicznych jako przykładu recepcji prawa rzymskiego.

W niniejszym artykule uwaga będzie zwrócona na recepcje prawa rzymskiego w obrzędzie święceń kapłańskich, zwłaszcza na obecność w nim elementów (gestów, słów, status prawny osób biorących udział w obrzędzie święceń kapłańskich) takich rzymskich aktów prawnych, jak *mancipatio*, *nexum*, *stipulatio*. Przedmiot analizy obejmie obrzędy święceń kapłańskich Kościoła Rzymskokatolickiego, które zostały zawarte w *Obrzędach święceń biskupa, prezbiterów i diakonów z Pontyfikatu rzymskiego*, odnowionego zgodnie z postanowieniem Soboru Watykańskiego II, wydanego z upoważnienia papieża Pawła VI i poprawionego staraniem papieża Jana Pawła II (dalej — obrzędy święceń kapłańskich) oraz tekst łaciński *De ordinatione presbyterorum* z 1990 r. oraz ustępy źródeł rzymskich pochodzące z *Ustawy dwunastu tablic, Instytucji*

¹ „W tym okresie [753 r. p.n.e—565 r. n.e] również miała miejsce recepcja prawa rzymskiego w prowincjach Cesarstwa, zaznaczyć jednak trzeba, że nie występowała ona samoistnie, lecz towarzyszyła szerszemu zjawisku romanizacji kultury i języka”. P. Furmanek: *Recepcja prawa rzymskiego — średniowiecze i czasy nowożytne*. „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2001, T. 4, nr 6, s. 47.

² Autor wspomina o wpływie prawa rzymskiego na ceremoniał zaręczyn i małżeństwa. ks. S. Araszczyk: *Wpływ tradycji rzymskich na rozwój liturgii Kościoła*. „Perspectiva. Legnickie Studia Teologiczno-Historyczne” 2015, nr 1 (26), s. 13.

Gajusza, „Digestów Justyniana”, *Noctes Atticae* Aulusa Gelliusza. Posłużono się przy tym metodą analizy tekstów liturgicznych oraz metodą prawniczą, metodą syntezy i metodą prawniczo-komparatystyczną, zbadano zawarty w nich sens. W niniejszym artykule będzie podjęta próba odpowiedzi na pytanie: czy w obrzędzie święceń kapłańskich Kościoła Rzymskokatolickiego obecne są recepcje prawa rzymskiego i czy można je dostrzec dzisiaj, stosując metodologię opartą na prawie rzymskim?

Powszechnie się przyjmuje, że obrzęd święceń kapłańskich należy rozumieć i wyjaśniać od strony teologicznej (mistycznej, sakralnej)³. Prawie niezauważalny jest jego wymiar prawny, a ponadto nie stanowi on źródła, w którym można dostrzec recepcje prawa rzymskiego. Jeśli wysuniemy hipotezę, że obrzęd święceń kapłańskich zawiera recepcje prawa rzymskiego, może to doprowadzić do wniosku, że także inne obrzędy Kościoła Rzymskokatolickiego mogą zawierać recepcje prawa rzymskiego i w istocie być aktami prawnymi, a nie tylko teologiczno-liturgicznymi.

Podczas badania licencjackiego⁴ dotyczącego między innymi statusu prezbitera, miejsca statusu prezbitera w porządku hierarchiczno-prawnym Kościoła, momentu jego nabycia, związanych z tym statusem zobowiązań i ograniczeń prawnych, została sformułowana teza, że ustrój hierarchiczny takich statusów kościelnych jak biskup i prezbiter odzwierciedlają ustrój hierarchiczny rodziny rzymskiej oparty na *pater potestas* jej głowy. W wyniku analizy obrzędu święceń kapłańskich udało się dostrzec te recepcje prawa rzymskiego. Ich wartość okazała się cenna przy rozwiązywaniu praktycznych przypadków, zwłaszcza majątkowych, pojawiających się w relacjach pomiędzy biskupem diecezjalnym a jego prezbiterami. Ponadto udało się dostrzec relację prawną między biskupem jako *pater familias* a prezbiterem jako *fili alieni iuris*, którego biskup — *pater familias* adoptuje podczas udzielenia święceń kapłańskich, mianując go publicznie *filius noster*, czyli uznaje go za swojego syna⁵.

³ Zob. np. tekst *Wprowadzenia teologiczno-pastoralne do ksiąg liturgicznych* napisany w języku ściśle teologicznym, sakramentalnym oraz mistycznym i niezawierającym podejścia prawniczego do obrzędu święceń. *Pontyfikal. Obrzędy święceń biskupa, prezbiterów i diakonów. Wprowadzenie ogólne*. Komisja ds. Kultu Bożego i Dyscypliny Sakramentów Episkopatu Polski. https://opoka.org.pl/biblioteka/T/TA/TAL/kkbids/pontyfikal_swiecenia.html [dostęp: 20.05.2018]; ks. P. Waleńdzik: *Obrzędy święceń drogą do świętości w świetle wypowiedzi kardynała Stefana Wyszyńskiego*. „Studia Prymasowskie” 2010, T. 4, s. 265—281; ks. K. Konecki: *Nalożenie rąk w odnowionych obrzędach święceń*. „Studia Włocławskie” 2011, T. 4, s. 190—197.

⁴ Zob. *Kanoniczne ograniczenia swobody zawierania umów o charakterze majątkowym przez prezbiterów*. [Praca licencjacka pisana pod kierunkiem ks. dr. hab. P. Steczkowskiego na Uniwersytecie Papieskim Jana Pawła II w Krakowie. Obroniona w grudniu 2016 roku]. Kraków 2016.

⁵ ...cum isti filii nostri... (...oto ci nasi synowie...); ...fili carissimi... (...drodzy synowie...). Zob. *Pontyfikal rzymski. Odnowiony zgodnie z postanowieniem świętego Soboru Powszechnego*

Istota prawna aktów liturgicznych

W prawie rzymskim przy zawieraniu umów stosowano gesty i słowa, które nie były tylko symboliczne, lecz ich celem było ukazanie, poprzez przyjętą rygorystyczną formę, znaczenia prawnego tego aktu (np. *Ustawa dwunastu tablic*: Tablica I, 2, Tablica II, 2, Tablica VI, 1⁶; Gai *Institutionum Commentarius Primus*⁷), co szczególnie widoczne było w skutkach prawnych dokonywanej czynności. W przypadku mancytacji (*mancipatio*) poprzez uroczysty akt, czasami symboliczny (jeśli chodzi o kupowanie gruntu, kiedy podczas mancytacji mogła być przyniesiona tylko grudka ziemi symbolizująca sprzedawaną nieruchomości), dokonywała się czynność prawna, która od momentu uczynienia gestu — nałożenia ręki i wypowiedzenia przewidzianych formułą słów, miała moc wiążącą, chociaż bezpośrednie władztwo mogło nastąpić później.

Obrzędy liturgiczne, wbrew temu co mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka, są aktami prawnymi. Ich znaczenie nie ogranicza się do piękna zewnętrz-

Watykańskiego II. Wydany z upoważnienia papieża Pawła VI. Poprawiony staraniem papieża Jana Pawła II. Obrzędy święceń biskupa, prezbiterów i diakonów. Katowice 1999, s. 67—96; Por. *De ordinatione presbyterorum* 1990, p.123. <http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/pt/kly.htm> [dostęp: 20.05.2018].

⁶ Tablica I, 2: „*si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*”, Tablica II, 2: „*...morbus sonticus...aut status dies cum hoste...quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffusus esto*”, Tablica VI, 1: „*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*”. *Duodecim tabularum leges. Textus: Leges XII tabularum* in: *Fontes iuris Romani antiqui I*. Ed. G. Bruns, O. Gradenwitz. Tübingen 1909. http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lsante05/LegesXII/leg_ta00.html [dostęp: 20.05.2018]. (Tablica I, 2: Jeśli on uchyla się, albo ucieka, niech pozyczący nałoży na niego ręce, Tablica II, 2: 2. Ten, którego świadek nie stawiał się, może go wzywać przez głośne okrzyki pod jego domem co trzeci dzień, Tablica VI, 1: Kiedy dokonana jest umowa i przeniesienie aktu własności i została dopełniona formalna deklaracja, ma ona moc wiążącą. <https://www.imperiumromanum.edu.pl/ustroj/prawo-rzymskie/prawo-dwunastu-tablic/tresc-prawa-dwunastu-tablic/> [dostęp: 20.05.2018].

⁷ „119. *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.*” *Gai Institutionum commentarius primus*. <http://www.thelibrary.com/gaius1.html> [dostęp: 20.05.2018]. (Mancipatio jest, jak już wyżej powiedzieliśmy, rodzajem pozornej sprzedaży. Jest ona instytucją właściwą obywatelom rzymskim. Odbywa się ona następująco: w obecności nie mniej niż pięciu świadków, dojrzałych obywateli rzymskich, i jeszcze jednego tego samego stanu, który trzyma wagę spiżową (*libram aeneam*) i którego nazywa się libripensem, ten, kto przyjmuje mancytację, trzymając rzecz mówi tak: Oświadczam, że ten oto człowiek jest mój wedle prawa Kwirytów i niech go nabędę przez ten spiż i wagę spiżową. Następnie uderza spiżem o wagę i daje go temu, od kogo przyjmuje mancytację, jako cenę). https://www.mimuw.edu.pl/~piotrek/gaius_comm_1.html [dostęp: 20.05.2018].

nego i symbolizmu wskazującego na coś odległego. Nie stanowią one wyłącznie wymiaru teologicznego, niemającego żadnego związku z rzeczywistością doczesną. Dzięki odczytaniu obrzędów liturgicznych poprzez prawo rzymskie możemy, oprócz wymiaru piękna, teologii i kultury, poznać również ich prawną wagę i znaczenie oraz odkryć istotę prawną konkretnego aktu liturgicznego. Poprzez kategorie prawne znaczenie metafizyczne obrzędów liturgicznych staje się bardziej zrozumiałe. Zwłaszcza gdy te kategorie prawne należą w sposób absolutnie naturalny do prawa rzymskiego.

Związek liturgii i prawa rzymskiego jest dostrzegalny poprzez prawo kanoniczne, stanowiące pewien łącznik między prawem i teologią. Na prawo kanoniczne, szczególnie w średniowieczu, w okresie zwanym także złotym lub też klasycznym, miała istotny wpływ nauka prawa rzymskiego. Odbywało się to zwłaszcza poprzez uniwersytety, jedyny język łaciński⁸ oraz poprzez to, że dokumenty kościelne dotyczące liturgii złożyły się na swoisty korpus prawa liturgicznego. W taki sposób, z jednej strony, odbyła się recepcja prawa rzymskiego przez prawo kanoniczne. Z drugiej zaś strony, można przypuścić, że znacznie wcześniej odbyła się recepcja kulturowa w wyniku połączenia kultury rzymskiej (w tym jej aspektów prawnych) i nauki chrześcijańskiej⁹.

Recepcje prawa rzymskiego chyba najłatwiej jest zauważyć w prawie kanonicznym, ale nie można również pominąć milczeniem obecności prawa rzymskiego i w innych naukach kościelnych, między innymi w teologii i liturgice. Jeśli zastosujemy metodologię prawa rzymskiego w omawianiu obrzędów liturgicznych, zauważymy wiele ciekawych rzeczy.

Po pierwsze, język prawny jest pomocny w komunikacji Kościoła i świata współczesnego.

Po drugie, w takim obrzędzie jak obrzęd święceń kapłańskich, zawiera się podstawowa informacja o wyjściowych zasadach teoretycznych, na podstawie których można znaleźć praktyczne rozwiązanie w konkretnym przypadku, czyli kazusie i należyte argumentować rozwiązanie w sposób prawny.

Po trzecie, pomaga to uświadomić sobie, że Kodeks prawa kanonicznego nie zawiera całego prawa Kościoła, ponieważ prawo obecne jest nie tylko w przepisach Kodeksu, ale również w innych dziedzinach nauki i praktyki Kościoła, w tym — w obrzędach liturgii. Inaczej mówiąc: patrząc na liturgię okiem prawnika uzbrojonego w odpowiednią metodologię, uwzględniającą przedmiot i treść prawa rzymskiego, możemy zobaczyć w obrzędach świętej liturgii ich istotę prawną.

⁸ A. Dębiński: *Papiestwo a nauka prawa rzymskiego w XII—XIII wieku*. W: *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*. Red. A. Dębiński, M. Wójcik. Lublin 2004, s. 49—51; J. Sondel: *Ze studiów nad rolą i miejscem łaciny prawniczej w kulturze europejskiej*. „Kra-kowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2014, T. 7, z. 1, s. 69—91.

⁹ ks. S. Araszczuk: *Wpływ tradycji rzymskich...*, s. 13.

Recepcje prawa rzymskiego w obrzędach święceń kapłańskich

Z prawnego punktu widzenia dla Kościoła ważnym momentem, od którego zaczyna się służenie osoby jako prezbitera, jest obrzęd udzielenia sakramentu święceń kapłańskich. Trudno jest nie zwrócić tutaj uwagi na prawny charakter pewnych gestów, słów i porządku tego obrzędu liturgicznego, a mianowicie: przedstawienia i wyboru kandydatów, składania przez nich przyrzeczeń, nałożenia rąk przez biskupa i nazwania synami osób, którym udziela się sakramentu święceń. To przedstawienie i wybór, przyrzeczenia i gest nałożenia rąk przypominają *stipulatio*, *nexum* i *mancipatio*, które były kategoriami prawa rzymskiego w zakresie prawa własności i przyjmowania zobowiązań. Miano „syn” określa status prawny prezbitera w rodzinie diecezjalnej, głową której jest biskup.

Możemy to zobaczyć, porównując czynności liturgiczne i czynności prawne w dawnym Rzymie (patrz tabela 1). Na przykład, nakładając ręce na prezbitera, biskup czyni *mancipatio*, która stosowana była również przy *adrogatio*, kiedy to przysposabianą osobą był mężczyzna *sui iuris*, który po przysposobieniu nabywał statusu syna — *filius familias*, tracąc zdolność prawną i stając się osobą *alieni iuris*, wchodził pod *patria potestas* adrogującego¹⁰.

Należy przypomnieć, że tak jak w prawie rzymskim, tak i w Kościele, jedna i ta sama osoba może mieć kilka statusów. Kiedy osoba zostaje ochrzczona w Kościele Katolickim, nabywa statusu *christifidelis*, gdy przyjmuje sakrament święceń diakańskich nabywa statusu *clerus*, a podczas święceń kapłańskich nabywa jeszcze (dodatkowo do poprzednich dwóch statusów) statusu *sacerdos*¹¹.

¹⁰ „*Eius rogationis verba haec sunt: Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.*” (Gell. 5, 19, 9) AVLVS GELLIVS (c. A.D. 125 — after 180) NOCTES ATTICAE: LIBER V, XIX. <http://www.thelatinlibrary.com/gellius/gellius5.shtml#19> [dostęp: 20.05.2018]; „*Tunc Episcopus, omnibus sedentibus, homiliam habet, in qua, initium sumens e textu lectionum quae in liturgia verbi lectae sunt, populum atque electos de munere presbyterorum alloquitur. De tali munere autem loqui potest his vel similibus verbis: Fratres dilectissimi, cum isti filii nostri, quos inter propinquos vel amicos habetis, mox ad Ordinem presbyterorum sint provehendi. [...] Munere denique Christi Capitis et Pastoris pro vestra parte fungentes, filii carissimi, Episcopo iuncti et subditi [...]*”. *De ordinatione presbyterorum* 1990. <http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/pt/kly.htm> [dostęp: 20.05.2018].

¹¹ „*Isti fratres, re mature perpensa, ad sacerdotium in Ordine presbyterorum sunt ordinandi, ut Christo Magistro, Sacerdoti et Pastori inserviant, cuius ministerio corpus eius, id est Ecclesia, in populum Dei, in templum sanctum aedificatur et crescit*”. *De ordinatione presbyterorum* 1990. <http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/pt/kly.htm> [dostęp: 20.05.2018].

Prezbiter jako kapłan-*sacerdos*, w znaczeniu statusu rzeczy¹², jest *res sacrae*, w sensie prawnym przebywa w *ius divinum* i nie podlega żadnej władzy. Jedyne sam Bóg. Natomiast prezbiter jako osoba duchowna — *clerus*, zostaje mancypany przez swojego biskupa — *pater familias* podczas udzielenia sakramentu święceń kapłańskich. W obrzędach liturgicznych — *De ordinatione presbyterorum* z 1990 r. spostrzec można przede wszystkim dialog, który formą swoją i treścią przypomina *stipulatio*, przyrzeczenie przypominające *nuncipacio*, (właściwe *nexum*), a także *mancipatio*, istotną częścią którego był gest nałożenia rąk oraz element *adrogatio*, ściśle związany z pozostałymi mechanizmami regulacji prawnej umów majątkowych (tabela 1).

Tabela 1

Recepte prawa rzymskiego w obrzędach święceń prezbiteratu
comitia curiata, collegium pontyfików, libripens, stipulatio, nexum i mancipatio, adrogatio

Numer poszczególnych części <i>De ordinatione presbyterorum</i>	<i>De ordinatione presbyterorum</i> (Obrzędy święceń prezbiterów)*	Źródła rzymskie
	Comitia curiata, collegium pontyfików, libripens, adrogatio	
	ELECTIO CANDIDATORUM PRZEDSTAWIENIE I WYBÓR	
122	Episcopus illum interrogat, dicens: Scis illos dignos esse? Biskup pyta: Czy wiesz, że są tego godni?	Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum et hi, quos adoptamus. (G. 1, 97).
	Ille respondet: Ex interrogatione populi christiani et suffragio virorum ad quos pertinet testificor illos dignos esse inventos. Prezbiter odpowiada: Po zbadaniu opinii wiernych i po zasięgnięciu rady osób odpowiedzialnych za ich przygotowanie zaświadczam, że uznano ich za godnych święceń.	Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt: Quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat. [...] (G. 1, 99) Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit; at haec etiam in provinciis apud praesides earum fieri solet. (G. 1, 100)

¹² Ponieważ prawo rzymskie nie od razu zaczęło rozróżniać prawo dotyczące rzeczy i prawo dotyczące osób, w odniesieniu do rzeczy i ludzi stosowano to samo prawo (w tym majątkowe o których mowa — *mancipatio, nexum, stipulatio*) jak i co do rzeczy. Por. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka: *Prawo rzymskie. Instytucje*. Warszawa 2014, s. 84—85.

123	<p>Episcopus: Auxiliante Domino Deo, et Salvatore nostro Iesu Christo, eligimus hos fratres nostros in Ordinem presbyterii.</p> <p>Biskup: Z pomocą Pana Boga i naszego Zbawiciela, Jezusa Chrystusa, wybieramy tych naszych braci do stanu prezbiteratu.</p> <p><i>Tunc Episcopus, omnibus sedentibus, homiliam habet, in qua, initium sumens e textu lectionum quae in liturgia verbi lectae sunt, populum atque electos de munere presbyterorum alloquitur. De tali munere autem loqui potest his vel similibus verbis:</i></p> <p><i>Następnie wszyscy siadają. Biskup wygłasza homilię, w której na podstawie czytań wykonanych w Liturgii słowa wyjaśnia ludowi i kandydatom istotę urzędu posługiwania prezbiterów. Może to uczynić tymi lub podobnymi słowami:</i></p> <p>Fratres dilectissimi, cum isti filii nostri, quos inter propinquos vel amicos habetis, mox ad Ordinem presbyterorum sint provehendi. [...] Munere denique Christi Capitis et Pastoris pro vestra parte fungentes, filii carissimi, Episcopo iuncti et subditi [...].</p> <p>Drodzy bracia i siostry, oto ci nasi synowie, którzy są waszymi krewnymi lub przyjaciółmi, za chwilę mają otrzymać święcenia prezbiteratu. [...] Wreszcie pełniąc w powierzonym wam zakresie urząd posługiwania Chrystusa — Głowy Kościoła i Pasterza, bądźcie, drodzy synowie, złączeni z biskupem i jemu poddani.</p>	<p>[...] Apud praetorem vero et in provinciis apud proconsulem legatumve cuiuscumque aetatis adoptare possumus. (G. 1, 102)</p> <p>Modestinus 2 reg.:</p> <p>Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt. (Dig. 1.7.1pr.)</p> <p>Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt. (Dig. 1.7.1.1)</p> <p>Gaius 1 inst.: Generalis enim adoptio duobus modis fit, aut principis auctoritate aut magistratus imperio. Principis auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is qui adoptat rogatur, id est interrogatur, an velit eum quem adoptaturus sit iustum sibi filium esse, et is qui adoptatur rogatur, an id fieri patiat. [...] (Dig. 1.7.2pr.)</p> <p>Eius rogationis verba haec sunt: „Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.” (Gell. 5, 19, 9)</p>
	<p>W obrządku święceń kapłańskich następuje moment przedstawienia i wyboru kandydatów. Jako <i>libripens</i> jest tu jeden z kapłanów, dający charakterystykę kandydatów, będących jeszcze <i>sui iuris</i>, na synów <i>alieni iuris</i>. On jak gdyby waży odpowiedniość ich przygotowania do wymagań nowego statusu i zaświadcza ich zgodność. Populi christiani pełni w tym przypadku rolę <i>comitia curiata</i> albo <i>populi auctoritate</i>, a suffragio virorum odpowiada Imperio magistratus, jako ci, którzy przyjęli w pewnym stopniu odpowiedzialność za formowanie przyszłych prezbiterów po wyjściu ich z domu rodzicielskiego do seminarium pod opiekę właśnie tych suffragio virorum.</p>	

	<p>Do nałożenia rąk kandydaci jeszcze są nazywani „bracia” (<i>fratres</i>), ponieważ i dla biskupa są jeszcze <i>sui iuris</i>. Dopiero jak wejdą <i>in Ordinem presbyterii</i>, znajdują się <i>in potestate</i> biskupa przybiorą status prezbiterów co w sensie prawnym skutkuje wszystkim, co związane ze statusem <i>filius alieni iuris</i>. W przypadku Kościoła rzymskiego dwie formy adopcji, o których mowa w p. 99 i 100 Instytucji Gajusza, są połączone ze względu na to, że każdy biskup w swojej diecezji jest dla swoich wiernych Papieżem. Geliusz w swoich <i>Noctes Atticae</i> opisuje <i>adrogatio</i> (przeniesienie do cudzej rodziny), które się dokonuje poprzez pytanie zwrócone do rzymian, co odpowiada wiernym Kościoła rzymskiego.</p> <p>Podczas wygłoszenia homilii (obrządek proponuje nawet przykładowy jej tekst, gdzie używa już zwrotów fili nostri oraz fili carissimi) biskup oświadcza to, że przyjmuje osoby <i>sui iuris</i> pod swoją władzę ojcowską, którzy będą mu <i>iuncti et subditi</i>, jako <i>fili</i>. Jednocześnie zaświadcza i promulguje przyzwolenie ludu (<i>populi auctoritate</i>) oraz osób, odpowiedzialnych za kształtowanie i wyznaczenie do święceń kandydatów (<i>principis auctoritate, magistratus imperio</i>).</p>	
	Sponsio-stipulatio, fides, nuncupatio, nexum	
	<p>Promissio electorum (Przyczenie wybranych)</p>	
124	<p><i>Post homiliam electi soli surgunt et stant coram Episcopo, qui eos, una simul, interrogat his verbis:</i> <i>Po homilii wybrani na prezbiterów stają przed biskupem, który przemawia do nich:</i></p>	
	<p>Fili carissimi, priusquam ad Ordinem presbyterii accedatis, vos oportet coram populo propositum de suscipiēdo munere profiteri.</p> <p>Drodzy synowie, zanim przystąpicie do święceń prezbiteratu, musicie wobec ludu wyrazić wolę ich przyjęcia. Dlatego pytam każdego z was:</p> <p>Vultis munus sacerdotii in gradu presbyterorum ut probi Episcoporum Ordinis cooperatores, in pascendo grege dominico, duce Spiritu Sancto, indesinenter explere?</p> <p>Czy chcesz wiernie pełnić urząd posługiwania kapłańskiego w stopniu prezbitera, jako gorliwy współpracownik biskupów w kierowaniu ludem Bożym pod przewodnictwem Ducha Świętego?</p>	<p>Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fierie nobis stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.</p> <p>In hac re olim talia verba tradita fuerunt:</p> <p>SPONDES?</p> <p>— SPONDEO,</p> <p>PROMITTIS?</p> <p>— PROMITTO,</p>

Electi omnes simul respondent:

Volo.

Wybrani odpowiadają razem:

Chcę.

Episcopus: Vultis ministerium verbi, in praedicatione Evangelii et expositione fidei catholicae, digne et sapienter explere?

Electi: Volo.

Biskup: Czy chcesz pilnie i mądrze pełnić posługę słowa, głosząc Ewangelię i wykładając prawdy katolickiej wiary?

Wybrani: Chcę.

Episcopus: Vultis mysteria Christi ad laudem Dei et sanctificationem populi christiani, secundum Ecclesiae traditionem, praesertim in Eucharistiae sacrificio et sacramento reconciliatio-nis, pie et fideliter celebrare?

Electi: Volo.

Biskup: Czy na chwałę Boga i dla uświęcenia chrześcijańskiego ludu chcesz pobożnie i z wiarą sprawować misteria Chrystusa, a zwłaszcza Eucharystyczną Ofiarę i sakrament pokuty, zgodnie z tradycją Kościoła?

Wybrani: Chcę.

Episcopus: Vultis nobiscum misericordiam divinam pro populo vobis commisso implorare orandi mandato indesinenter instantes?

Electi: Volo.

Biskup: Czy chcesz razem z nami wypraszać Boże miłosierdzie dla powierzonego ci ludu, modląc się nieustannie według nakazu Chrystusa?

Wybrani: Chcę.

Episcopus: Vultis Christo summo Sacerdoti, qui seipsum pro nobis hostiam puram obtulit Patri, arctius in dies coniungi et cum eo vos ipsos, pro salute hominum, Deo consecrare?

Electi: Volo, Deo auxiliante.

Biskup: Czy chcesz coraz ściślej jednoczyć się z Chrystusem, Najwyższym

FIDEPROMITTIS?

— FIDEPROMITTO,

FIDEIUBES?

— FIDEIUBEO,

DABIS?

— DABO,

FACIES?

— FACIAM.

utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est. (Lib. III, Tit. XV. De verborum obligatione.)

	<p>Kapłanem, który z samego siebie złożył Ojcu za nas nieskalaną Ofiarę, i razem z Nim poświęcać się Bogu za zbawienie ludzi?</p> <p>Wybrani: Chcę, z Bożą pomocą.</p>	
125	<p><i>Deinde unusquisque electorum accedit ad Episcopum et, coram eo genuflexus, ponit manus suas iunctas inter manus Episcopi, nisi iuxta Praenotanda generalia n. 11 aliter statutum est.</i></p> <p>Episcopus interrogat electum, dicens, si eius est Ordinarius:</p> <p><i>Każdy z wybranych na prezbiterów podchodzi do Biskupa, klęka przed nim i swoje złożone ręce wkłada w ręce Biskupa.</i></p> <p>Jeżeli biskup jest ordynariuszem wybranego, pyta go:</p> <p>Promittis mihi et successoribus meis reverentiam et oboedientiam? Czy mnie i moim następcom przyrzekasz cześć i posłuszeństwo?</p> <p>Electus: Promitto. Wybrany: Przyrzekam</p>	<p>Hoc vero proprium est eius adoptionis, quae per principem fit, quod is qui liberos in potestate habet si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed et liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes. (Dig. 1.7.2.2; Gaius 1 inst.)</p>
	<p>W tym momencie w liturgii święceń kapłańskich odbywa się dialog formą i treścią przypominający rzymskie <i>sponsio-stipulatio</i> oraz <i>nexum</i>, czyli uroczysty akt prawny (<i>sponsio</i>), stanowiący podstawę uznania pewnych działań za takie, które świadczyły o zaistnieniu obowiązku prawnego. Rzymski kontrakt werbalny (<i>stipulatio</i>) ukazywał wolę kontrahentów do zaciągnięcia zobowiązań. Podobnie kandydat do święceń, ukazuje propositum (zamiar, intencję) do zaciągnięcia zobowiązań związanych ze statusem prezbitera poprzez wypowiedzenie volo na pytania biskupa. W tym momencie, zgodnie z prawem rzymskim, kontrakt werbalny podlegał ochronie prawnej. Analogicznie odbywa się podczas tej części obrzędu święceń. W rzymskich kontraktach werbalnych dużą rolę odgrywały słowa. Od nich zależała skuteczność kontraktu. Na przykład, powtórzenie tego samego słowa w pytaniu i odpowiedzi. To samo możemy zaobserwować i w obrzędzie święceń kapłańskich, gdzie na pytania biskupa: Vultis? oraz Promittis? kandydat do święceń odpowiada: Volo oraz Promitto.</p>	
	Mancipatio	
	IMPOSITIO MANUUM ET PREX ORDINATIONIS NAŁOŻENIE RĄK I MODLITWA ŚWIĘCEŃ	

129	<p><i>Electi surgunt; unusquisque eorum accedit ad Episcopum stantem ante sedem cum mitra et coram eo genua flectit.</i></p> <p><i>Wybrani wstają. Biskup z nałożoną mitrą staje przed katedrą. Każdy z wybranych na prezbitera podchodzi do biskupa i klęka przed nim.</i></p>	<p>Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percudit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. (G. 1, 119)</p>
130	<p><i>Episcopus singulis electis imponit manus super caput, nihil dicens.</i></p> <p><i>Biskup kładzie każdemu ręce na głowę, nic nie mówiąc.</i></p>	<p>Mancipi uero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae. quod autem ualet mancipatio, idem ualet et in iure cessio. [...] In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum. (G. 2, 22, 24)</p>
131	<p><i>Electis ante ipsum genuflexis, Episcopus, dimissa mitra, dicit, extensis manibus, Precem Ordinationis.</i></p> <p><i>Wszyscy wybrani klękają przed biskupem, który stojąc bez mitry, rozkłada ręce i wygłasza modlitwę święceń.</i></p>	<p>W tym momencie biskup kończy proces przysposobienia na własność. Nakładając ręce, biskup dokonuje <i>mancipatio</i>, wskazując na to, że dana osoba <i>sui iuris</i> stała się <i>alieni iuris</i>, jest w jego własności, posiada status <i>filius familias</i>.</p>

* *Pontyfikał rzymski...*, s. 67–96; *De ordinatione presbyterorum* 1990. <http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/pt/kly.htm> [dostęp: 20.05.2018].

Stosując metodę komparatystyczną, możemy stwierdzić, że w przypadku święceń, mamy ten sam schemat mancytacji co w prawie rzymskim. Przez nałożenie rąk biskup mancytuje prezbitera i od tego momentu zmienia się jego status: staje się on osobą w statusie duchownego, mancytowaną przez biskupa, przechodzi pod jego władzę, pod jego *pater potestas*. W ten sposób święcenia

przestają mieć wyłącznie znaczenie teologiczne, a dodatkowo przybierają znaczenie prawne. Mancypowany w ten sposób prezbiter staje się synem o statusie *filius alieni iuris*, podporządkowując się *pater potestas* biskupa.

W wyniku analizy tekstów obrzędu święceń kapłańskich na pytanie postawione na początku artykułu: czy w obrzędzie święceń kapłańskich Kościoła Rzymskokatolickiego są recepcje prawa rzymskiego i czy można je dostrzec?, możemy zdecydowanie odpowiedzieć pozytywnie. Rozpoznane elementy rzymskich czynności prawnych, między innymi takich jak *stipulatio*, *nexum*, *mancipatio* i *adrogatio*, są obecne i można je dostrzec w obrzędzie święceń kapłańskich Kościoła Rzymskokatolickiego. Umożliwia to wysunięcie następnej hipotezy o istnieniu recepcji prawa rzymskiego również i w innych obrzędach liturgicznych. Ponadto odczytane w kluczu jurysprudencji rzymskiej obrzędy święceń kapłańskich ukazują nie tylko znaczenie teologiczne obrzędu, ale od razu rozstawiają wszystkie kropki nad „i” w kwestiach dotyczących zasad subordynacji (hierarchii), odpowiedzialności prawnej, praw i obowiązków majątkowych biskupów, kapłanów, diakonów. Zastosowanie metodologii prawa rzymskiego do obrzędu święceń kapłańskich pomaga rozwiązać liczne kazusy doczesnego wymiaru życia i działalności Kościoła.

Viktoriya Semenova

Die Rezeptionen römischen Rechtes in der Priesterweihezeremonie

Schlüsselwörter: Rezeptionen, römisches Recht, Liturgie der Priesterweihe, Handauflegen, Status, *mancipatio*, *nexum*, *stipulatio*, *pater familias*, Bischof, Presbyter, Verpflichtungen

Zusammenfassung: Die Forscher der Liturgie der römisch-katholischen Kirche ergründen am häufigsten deren historische, kulturelle und theologische Bedeutung und übergehen dabei stillschweigend deren rechtlichen Sinn. Der lässt sich mittels der Methodologie des römischen Rechtes nachweisen, infolgedessen konkrete Institutionen, Konstruktionen und Formeln des römischen Rechtes in einzelnen Gebärden, Worten und liturgischer Ordnung zum Vorschein kommen. Das alles weist darauf hin, dass in den letztgenannten konkrete rechtliche Bedeutung enthalten ist, und folglich auch bestimmte rechtlich bindende Verpflichtungen. Die von der Verfasserin durchgeführte Forschung bestätigte bei der Priesterweihezeremonie das Vorhandensein von solchen unbestrittenen Elementen des römischen Rechtsakten wie *mancipatio*, *nexum*, *stipulatio*. Eine rechtlich-komparatistische Methode verwendend und sich auf dem strukturellen Modell römischer Familie (*pater familias*) stützend schildert die Verfasserin im vorliegenden Beitrag die Statushierarchie vom Bischof und Presbyter in der Kirche und bestätigt die Änderung des Presbytersstatus dem Bischof gegenüber nach dem vom Bischof vollbrachten Handauflegen (*mancipatio*). All das ermöglicht, übrige kirchliche Zeremonien in Bezug auf Vorhandensein der Rezeptionen römischen Rechtes zu erforschen, liturgische Bräuche im Grunde genommen als Rechtsakten zu betrachten und lässt die Hypothese aufstellen, dass es eine gewisse auf römischem Recht beruhende Doktrin gab, welche praktische Rechtsfälle mittels römischen Rechtes zu entscheiden erlaubt.

Receptions of Roman Law in the Rite of Ordination to the Priesthood

Keywords: receptions, Roman law, rite of ordination to the priesthood, laying on of hands, status, *mancipacio*, *nexum*, *stipulacio*, *pater familias*, bishop, presbyter, commitments

Summary: Researchers of the Roman-Catholic Church's liturgy usually consider its historical, cultural, and theological dimension, whereas its legal dimension is barely noticed. It can be observed when applying the Roman law methodology. Specific institutions, legal constructions and formulae become apparent in the specific gestures, words, and order of the liturgy. All this indicates that the latter carry specific legal meaning, and hence, specific commitments, which are legally binding. The research problem pursued by the author: Does the rite of ordination in the Roman-Catholic Church contain receptions of Roman law and are they noticeable? has been concluded positively. In her analysis of ordination, the author points out the undoubtedly Roman legal acts, such as *mancipacio*, *nexum*, and *stipulacio*. Moreover, using a legal-comparative methodology, she shows the hierarchy of the status of the bishop and the presbyter in the Church based on the model of a Roman family structure (*pater familias*) and indicates the change in the status of the presbyter in relation to the bishop after the latter's laying on of hands (*mancipacio*). All of the above enables an analysis of other Church rites to examine the receptions of Roman law, shows the liturgy rituals as acts that are legal in essence and as such are legally binding, creates premises to put forward a hypothesis about the existence of a doctrine of liturgical law, and allows resolving cases using the method of Roman law.

MARIAN MIKOŁAJCZYK

Katowice

Franciszka Ksawerego Bohusza uwagi o prawie sądowym w podróżach po Europie poczynione

Wprowadzenie

Wśród podróżników, których można było spotkać na drogach Europy czasów wczesnonowożytnych, nie brakło peregrynantów z Korony i Wielkiego Księstwa Litewskiego. Mieszkańcy dawnej Rzeczypospolitej wyjeżdżali za granicę w różnych celach. Do stolic większych i mniejszych państw udawały się oficjalne poselstwa, do miejsc pielgrzymkowych wędrowali pątnicy, zakonnicy zmierzali na kapituły generalne swych zgromadzeń, zaś młodzi szlachcice i magnaci, nie wyłączając synów królewskich, odbywali długie podróże edukacyjne, z czasem określane jako *grand tour*, które miały im dać odpowiednie wykształcenie, poszerzyć znajomość języków, umożliwić nabycie odpowiedniej ogłady towarzyskiej, wreszcie pogłębić wiedzę o świecie, ludziach i ich obyczajach, w tym także o zasadach prawno-ustrojowych zwiedzanych państw. Czasami zwracano także uwagę na funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości czy w ogóle na kwestie wiążące się z prawem sądowym. Wspomnijmy choćby znaną i często w literaturze¹ przytaczaną barwną relację podróżującego do

¹ Por. A. Kucharski: *Echa zbrodni. Doniesienia o przestępstwach z terenów Europy Środkowej i Wschodniej w polskich dziennikach podróży (XVII—XVIII w.)*. W: *Przestępczość kryminalna w Europie Środkowej i Wschodniej w XVI—XVIII w.* Red. P. Klint, D. Wojtucki. Łódź—Wrocław 2017, s. 156; A. Mączak: *Życie codzienne w podróżach po Europie w XVI i XVII w.* Warszawa 1989, s. 202; A. Skrzypietz: *Cudzoziemski „język jeśli komu tedy nam potrzebny” — „obce” i „nasze” w oczach Sobieskich*. W: *Staropolski ogląd świata — problem*

szkół młodego Jakuba Sobieskiego, w której szczegółowo opisał proces i kaźń François de Ravaillaca, zabójcy króla Henryka IV². Obserwacje takie czyniono zresztą nie tylko podczas podróży edukacyjnych; wystarczy przypomnieć interesujący opis sądów sprawowanych w Kairze przez tamtejszego paszę, zawarty w słynnym dziele Mikołaja Krzysztofa Radziwiłła „Sierotki”³, czy znacznie późniejszą, zaskakująco negatywną opinię Franciszka Bielińskiego o tokańskim kodeksie karnym (Leopoldinie), z którym podróżnik zapoznał się podczas pobytu we Florencji⁴.

Badania nad podejmowanymi w minionych wiekach podróżami Polaków i spisywanymi przez peregrynantów diariuszami, relacjami, ich korespondencją, sporządzanymi przez nich rachunkami przeżywają obecnie rozkwit⁵. W badaniach owych zwracano uwagę nie tylko na sam przebieg podróży, ale i na to, co z owych wojaży wynoszono, na czynione przez peregrynantów obserwacje, uwagi o poznawanych krainach, spotykanych ludziach, zwiedzanych zabytkach itp. Nie pomijano też zupełnie przekazów i opinii Polaków dotyczących ustroju i prawa krajów, przez które wiodła trasa ich podróży. Przypomnijmy w tym miejscu szkic Filipa Wolańskiego o administracji państwowej w oczach duchownych podróżujących po Europie w XVIII stuleciu⁶, czy też niedawno ogłoszone drukiem teksty Adama Kucharskiego oraz Małgorzaty Ewy Kowalczyk o podróżniczych relacjach na temat przestępczości, a w pewnym stopniu również kar za przestępstwa wymierzanych⁷. Są to jednak — póki

inności. Red. F. Wolański. Toruń 2007, s. 166—167; J. Tazbir: *Okrucieństwo w nowożytnej Europie*. Warszawa 1993, s. 85—86, 156.

² J. Sobieski: *Peregrynacja JW JMP Jakuba Sobieskiego, wojewody generalnego ziem ruskich [1607—1613]*. W: Idem: *Peregrynacja po Europie [1607—1613]. Droga do Baden [1638]*. Oprac. J. Długosz. Wrocław—Warszawa—Kraków 1991, s. 90—92.

³ M.K. Radziwiłł „Sierotka”: *Podróż do Ziemi Świętej, Syrii i Egiptu 1582—1584*. Oprac. L. Kukulski. Warszawa 1992, s. 178—179.

⁴ Zob. A. Sajkowski: *Włoskie przygody Polaków. Wiek XVI—XVIII*. Warszawa 1973, s. 115.

⁵ Nie znaczy to, że problemy wiążące się z podróżami (zwłaszcza edukacyjnymi) były zupełnie pomijane we wcześniejszej literaturze. Punktem zwrotnym były chyba jednak badania Antoniego Mączaka i ich owoce w postaci szeregu publikacji (wymieńmy choćby wspomniane *Życie codzienne... czy też Peregrynacje. Wojaże. Turystyka*. Warszawa 1984). Bogaty wykaz polskich opracowań poświęconych staropolskim podróżom znajdziemy w pracy Anny Markiewicz: *Podróże edukacyjne w czasach Jana III Sobieskiego. Peregrinationes Jablonovianae*. Warszawa 2011, s. 9—14 (przyp. 1—62), a dodać należy, że od czasu ukazania się tej książki pojawiło się wiele kolejnych opracowań.

⁶ F. Wolański: *Administracja państwowa w oczach duchownych podróżujących po Europie i państwie tureckim w XVIII wieku*. W: *Klasztor w państwie średniowiecznym i nowożytnym*. Red. M. Derwich, A. Pobóg-Lenartowicz. Wrocław—Opole—Warszawa 2005, s. 505—510.

⁷ A. Kucharski: *Echa zbrodni...*, s. 151—167; M.E. Kowalczyk: „Kradnie się i morduje w biały dzień... powszechnie”. *Przestępczość we Włoszech w relacjach polskich podróżników epoki oświecenia*. W: *Przestępczość kryminalna...*, s. 183—190.

co — skromne i cząstkowe opracowania⁸, w których w dodatku niekoniecznie skupiano się na kwestiach prawnych, dlatego badania nad spostrzeżeniami polskich podróżników odnoszącymi się do prawa w „cudzych krajach” wydają się bardzo potrzebne.

Jednym z takich peregrynantów był Franciszek Ksawery Michał Bohusz. Wywodził się z litewskiej rodziny szlacheckiej herbu Odyniec. Urodził się 1 stycznia 1746 r. Studiował filozofię, teologię i prawo. W 1761 r. wstąpił do zakonu jezuitów, w roku 1768 otrzymał święcenia kapłańskie, przez jakiś czas był przełożonym konwiktów w Grodnie, a po kasacie zakonu został księdzem diecezjalnym. Aktywnie uczestniczył w życiu publicznym, był między innymi wizytatorem generalnym szkół Komisji Edukacji Narodowej na Litwie, angażował się w działalność polityczną w czasach Sejmu Wielkiego, brał też udział w przygotowaniach do insurekcji w Wilnie w 1794 r., co zresztą przypłacił aresztowaniem, wywiezieniem do Smoleńska i kilkunastomiesięcznym więzieniem.

W latach osiemdziesiątych XVIII w. ksiądz Franciszek Ksawery był prezydentem Trybunału Litewskiego⁹, a na początku następnego stulecia sędzią pokoju w jednym z cyrkułów należącej wówczas do Prus Warszawy. Na tym nie skończył się jednak kontakt Bohusza z prawem. W czasach Księstwa Warszawskiego został bowiem członkiem komisji Towarzystwa Przyjaciół Nauk mającej przygotować przekład Kodeksu Napoleona na język polski, który zastąpiłby naprędce sporządzone tłumaczenie ks. Franciszka Ksawerego Szaniawskiego. Ponieważ prace komisji nie posuwały się naprzód, Bohusz opublikował w 1810 r. własny, bardziej swobodny przekład kodeksu.

F.K. Bohusz odbył przynajmniej dwie¹⁰ dłuższe podróże zagraniczne. W pierwszej towarzyszył — jak się wydaje — Antoniemu Tyzenhauzowi i zwiedził wówczas (w latach 1777—1778) Niemcy, Czechy, Niderlandy, Francję i Anglię. Druga podróż, przedsięwzięta w latach 1781—1782, wiodła przez kraje Habsburgów do Włoch, zaś w drodze powrotnej litewski duchowny zawiadził też o Szwajcarię¹¹. Bohusz, oddający się niezależnie od innych zajęć

⁸ Na brak polskich opracowań poświęconych przestępczości w relacjach podróżniczych wskazuje wspomniany Adam Kucharski w: *Echa zbrodni...*, s. 151—152.

⁹ Biograf F.K. Bohusza nazywa ów sąd Trybunałem cywilnym zob. H. Mościcki: *Franciszek Ksawery Michał Bohusz (1746—1820)*. W: *Polski słownik biograficzny*. T. 2. Kraków 1936, s. 229.

¹⁰ Irena Turowska-Bar twierdzi, że Bohusz za granicę wyjeżdżał czterokrotnie. W młodości miał przebywać we Włoszech, wysłany tam przez swój zakon, zaś w latach 1790—1791 podróżować do Austrii, Włoch i Szwajcarii (*Franciszka Ksawerego Bohusza „Diariusz podróży” i dwa listy do króla*. „Roczniki Biblioteczne” 1961, z. 1—4, s. 340—341, 351). Ostatni wyjazd to jednak w rzeczywistości opisana w diariuszu podróż z lat 1781—1782.

¹¹ H. Mościcki: *Franciszek Ksawery Michał Bohusz...*, s. 229; K. Sójka-Zielińska: *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*. Warszawa 2008, s. 272—278; F. Wolański: *Wstęp*. W: F.K. Bohusz: *Dzienniki podróży*. Oprac. F. Wolański. *Peregrinationes Sarmatorum*. Vol. 3. Kraków—Wrocław [2014], s. VII—XIV.

również pracy naukowej¹², reprezentował typ oświeconego peregrynanta. Jego podróże miały wyraźnie określone cele poznawcze. Podróżnik nie zadowalał się przypadkowymi spostrzeżeniami, lecz starał się zgłębiać interesujące go zagadnienia¹³. W toku podróży pisał „własną ręką i chronologicznie” dzienniki, z tym że kilka, a może nawet kilkanaście lat później zostały one solidnie uporządkowane. Autor stwierdza, że bywał po kilka razy „w jednym kraju lub miejscu”, dlatego też, by się nie powtarzać i „dla lepszej czytającego wygody i porządku” nakazał przepisać ów diariusz, podzielił go na tomiki, w których — „w każdym osobno” — zamieścił „o każdym kraju obserwacje”, opuszczając przy tym informacje mniej istotne¹⁴.

Dzienniki podróży... zawierają wyjątkowo dużo informacji na temat ustroju i prawa zwiedzanych państw — niewątpliwie dają tu o sobie znać prawnicze zainteresowania ich autora¹⁵. Warto zatem przyjrzeć się bliżej owym uwagom księdza Franciszka Ksawerego, z tym że w niniejszym opracowaniu skupimy się jedynie na prawie sądowym (dotykając też, o ile okaże się to niezbędne, ustroju sądownictwa), obszerne nieraz uwagi odnoszące się do prawa ustrojowego, a także administracji i prawa administracyjnego zasługują bowiem na odrębne potraktowanie¹⁶.

Nie jest naszym celem dokonywanie ustaleń dotyczących poznawanych przez Bohusza praw. Trudno bowiem zapiski z podróży traktować jako podstawowe źródło w badaniach nad instytucjami prawnymi poszczególnych krajów, choć oczywiście takie spojrzenie z zewnątrz może się czasami okazać przydatne dla historyka zajmującego się prawem Francji, Anglii czy któregoś z państw włoskich. Interesować nas będzie raczej to, jak głęboko sięgały zainteresowania peregrynanta, czy poczynione przezeń obserwacje były trafne i jakie z tych obserwacji wyciągał wnioski.

Dzienniki podróży Franciszka Ksawerego Bohusza zostały niedawno wydane przez Filipa Wolańskiego w ramach serii *Peregrinationes Sarmato-*

¹² Por. H. Mościcki: *Franciszek Ksawery Michał Bohusz...*, s. 229.

¹³ Por. uwagi Bogdana Roka o poznawczym charakterze peregrynacji F.K. Bohusza i nowym, oświeceniowym typie relacji z teje podróży: *Percepcja rzeczywistości europejskiej staropolskich peregrynantów połowy XVIII wieku*. W: *Staropolski ogląd świata. Tożsamość i odmienność*. Red. B. Rok, F. Wolański. Toruń 2001, s. 13.

¹⁴ F.K. Bohusz: *Dzienniki podróży...* (dalej: F.K. Bohusz: *Dzienniki*), s. 5; por. I. Turowska-Bar: *Franciszka Ksawerego Bohusza „Diariusz...”*, s. 339.

¹⁵ Swego czasu zwróciła na to już uwagę I. Turowska-Bar (*Franciszka Ksawerego Bohusza „Diariusz...”*, s. 348—349).

¹⁶ Część owych uwag zawartych w diariuszu została omówiona w artykule mojego autorstwa *Franciszek Ksawery Bohusz o ustroju Anglii — obserwacje oświeconego podróżnika w roku 1778 poczynione*. W: *Z historii ustroju i konstytucjonalizmu Polski. Księga jubileuszowa dedykowana w osiemdziesiątą rocznicę urodzin Profesora Mariana Kallasa*. Red. D. Makiłła przy współpracy M. Wilczek-Karczewskiej. Warszawa 2018, s. 569—587.

rum¹⁷. Ta — niestety, niezbyt staranna edycja¹⁸ — stanowić będzie podstawę naszych rozważań.

Prawo cywilne

Franciszek Ksawery Bohusz posługuje się czasami określeniem „prawo cywilne”, używa go jednak w różnych znaczeniach. Omawiając angielskie prawo małżeńskie, przeciwstawia zatem prawu krajowemu prawo cywilne, którym posługują się sądy duchowne¹⁹. Niewykluczone, że w tym wypadku terminem „prawo cywilne” nasz podróżnik określał prawo rzymskie, obce — jak wiadomo — prawu angielskiemu. Jednak nieco dalej autor *Dzienników podróży* pisze, iż „jedność małżeństwa jest tylko jedność cywilna”, zatem kobieta może samodzielnie (bez udziału męża) odpowiadać w sprawie karnej²⁰. Jest więc prawdopodobne, że F.K. Bohusz, odróżniając prawo cywilne od karnego, pojmował je jako odrębną gałąź prawa. Nie dostrzegamy natomiast w dziełach peregrynanta charakterystycznego dla dawnej Polski utożsamiania prawa cywilnego z całym prawem sądowym²¹. Wobec wieloznaczności terminu zaznaczmy, że w dalszych rozważaniach będziemy się posługiwać pojęciem prawa cywilnego w dzisiejszym jego rozumieniu.

¹⁷ Zob. przyp. 11. *Dzienniki podróży* Bohusza były już wcześniej wydawane, m.in. przez Aleksandra Kraushara, który zresztą mylnie przypisał ich autorstwo Stanisławowi Staszycowi — zob. I. Turowska-Bar: *Franciszka Ksawerego Bohusza „Diariusz...”*, s. 338—341; F. Wolański: *Wstęp...*, s. XIV—XVI.

¹⁸ Sporo słów i zwrotów wydaje się błędnie odczytanych. I tak np. w opisie relikwii św. Jana Nepomucena znalazła się informacja, iż „wołów srebrnych naokoło rozwieszonych jest liczba niezliczona” (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 20) — oczywiście chodzi tu o wota, a nie o woły. Na s. 153 czytamy, że Wolter „do go prawie lat wieku swego dojechawszy [...], jak żył, tak i umarł wedle teraźniejszej filozoficznej mody bez pokuty i św. Sakramentów”. Owo „go” to niewątpliwie „90”. Na s. 206 pojawia się „wój Nerwy”, choć z tekstu wynika, że autor ma na myśli nie wojownika, lecz krewnego (wuj) cesarza. Wątpliwości budzą także niektóre objaśnienia. Np. na s. 182 (przyp. 798) nazwę dawnego granicznego miasta „Bielicz” (niem. Bielitz) wytłumaczono jako Biała (w rzeczywistości chodzi o Bielsko), tymczasem Biała to miejscowość, którą Bohusz określa jako położone „z drugiej strony rzeki miasteczko, dawniej polskie, Bielsk zwane”.

¹⁹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 93.

²⁰ Ibidem, s. 94.

²¹ W. Organiściak: *Wincentego Skrzetuskiego „Prawo polityczne narodu polskiego”*. Katowice 2016, s. 63—64; Z. Zdrójkowski: *Teodor Ostrowski (1750—1802) pisarz dawnego polskiego prawa sądowego (proces, prawo prywatne i karne). Jego projekty reformy prawa karnego w Polsce oraz ich związek z europejskim ruchem humanitarnym*. Warszawa 1956, s. 48—49. Zob. też K. Sójka-Zielińska: *Historia prawa*. Warszawa 1993, s. 40.

Dzienniki podróży zawierają stosunkowo niewiele uwag dotyczących tak pojmowanego prawa cywilnego. Nie powinno to dziwić, mimo iż jest to prawo bliskie człowiekowi, prawo, z którym spotyka się on na co dzień, to jednak w dużej mierze właśnie z powodu jego naturalnej obecności w naszym życiu, na ogół go nie dostrzegamy. Ponadto jest to — trzeba przyznać — prawo zdecydowanie mniej spektakularne niż prawo karne czy procedury sądowe. Dlatego też w z rzadka pojawiających się u Bohusza wzmiankach o instytucjach prawa cywilnego eksponowane są uregulowania specyficzne, charakterystyczne dla danego kraju czy regionu.

Stosunkowo wiele uwagi poświęcił F.K. Bohusz prawu rodzinnemu i opiekuńczemu, skupiając się zresztą głównie na prawie małżeńskim i to przede wszystkim w Anglii²²; regulacje prawne innych zwiedzanych krajów interesowały go znacznie mniej (odnotował jedynie śluby cywilne, które na ratuszu w Amsterdamie „każdej religii ludzie przed magistratem tamecznym biorą”²³). Jego relacja dotycząca angielskiego prawa małżeńskiego jest na tyle dokładna, że zawiera również informacje o rozwiązaniach, które co najwyżej w szczegółach odbiegały od norm obowiązujących w innych państwach i nie powinny dziwić przybysza z kontynentu. Odnotował ksiądz Bohusz zatem, że małżeństwo zawierają osoby „płci różnej, przy zdrowym rozumie zezwalającym”, „mężczyzna 14 lat skończonych, a dziewczyna ma mieć 12”, przy czym — jeśli nupturienti nie są wdowcami — konieczne jest wyrażenie zgody przez rodziców albo opiekunów. Ze spełnienia tego ostatniego warunku mógł zwolnić kanclerz, ale tylko wtedy, gdy uprawnieni do wyrażenia zgody byli nieobecni w kraju („są za morzem”), trwale stracili rozum (nie dotyczyło to czasowego pomieszczenia zmysłów), bądź też bezpodstawnie odmawiali swego pozwolenia (byli „niesłusznie uparci”). Zawarcie małżeństwa winny poprzedzać zapowiedzi, od których „za indultem” można się uwolnić, ślub powinien się odbyć „w parafii własnej, albo i gdzie indziej, byle za dyspensą biskupa”²⁴. Bohusz odnotował też wyłączną kompetencję sądów duchownych w sprawach małżeńskich²⁵.

²² Rozważania te zawarte są w *Dziennikach*, na s. 93—95.

²³ Ceremonii tej podróżnik przyglądał się osobiście, w żaden sposób jednak jej nie skomentował (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 47). Por. I. Turowska-Bar: *Franciszka Ksawerego Bohusza „Dziariusz...”*, s. 346.

²⁴ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 93—94. Wspomina tu Bohusz o sankcjach w przypadku nieprzestrzegania owych przepisów. Małżeństwo zawarte bez pozwolenia było nieważne, chyba że ogłoszone zostały wcześniej zapowiedzi. Stwarzały one bowiem podstawę do domniemania, iż poinformowani w ten sposób rodzice albo opiekunowie, nie protestując, wyrazili milcząco zgodę na jego zawarcie. Z kolei duchowny udzielający ślubu bez wymaganych zapowiedzi albo zezwalającego na odstąpienie od nich indultu powinien podlegać dotkliwym karom pieniężnym (ibidem, s. 94).

²⁵ Ibidem, s. 93—94.

Podróżnik starał się jednak wyeksponować to, co uznawał za osobliwości angielskiego prawa małżeńskiego²⁶. Podkreśla zatem, że prawo cywilne (zatem — jak powiedzieliśmy — prawdopodobnie prawo rzymskie, czyli powszechne) traktuje męża i żonę jako dwie różne osoby, mogące „mieć oddzielne dobra” i wchodzić niezależnie od siebie w stosunki zobowiązaniowe („mieć oddzielne [...] kontrakta, długi, krzywdy”). Dlatego też w stosujących to prawo sądach duchownych „może żona bez męża procedować”. Jednak w świetle prawa angielskiego mąż i żona są jedną osobą, co oznacza, że „prawne jestestwo kobiety jest zawieszane przez cały czas małżeństwa albo raczy przemienione jest w jestestwo męża”. Jak się wydaje, Bohusz trafnie wyraża w ten sposób myśl, że małżeństwo oznaczało dla kobiety nie tylko utratę zdolności do czynności prawnych, ale i bardzo poważne ograniczenie zdolności prawnej. Podaje zresztą dalej przykłady, iż mąż nie może niczego żonie darować ani zawierać z nią innych umów, „bo darowizna suponuje oddzielne jej jestestwo, a konwencja z nią byłaby to konwencja z sobą samym uczyniona”. Na męża przechodzą długi żony powstałe przed jej zamążpójściem.

Ograniczenia zdolności prawnej zazębiały się też z ograniczeniem czy wręcz brakiem zdolności do czynności prawnych. Żona nie mogła zapisać w testamencie „mężowi swojemu dóbr nieruchomości, wyjąwszy udzielne okoliczności, bo w czasie czynionych zapisów suponuje ją jeszcze prawo zostającą pod rozkazami i musiem mężowskim”²⁷. Do tego dochodziło kolejne domniemanie związane z podleganiem kobiety władzy męża, iż wszystkie podejmowane przez nią czynności prawne są czynione z „rozkazu i przymusu” męża i tym samym nieważne. Żona nie mogła również występować jako strona w procesie, „nie przyłączywszy do sprawy męża”²⁸. Specyficzna pozycja żony pociągała za sobą również inne skutki natury procesowej. Niedopuszczalne było występowanie żony lub męża w sprawie małżonka w charakterze świadka, ze względu na jedność osoby byłoby to bowiem świadectwo samej strony procesowej²⁹.

Dostrzegaliśmy jednak Bohusz również pewne rozsądne odstępstwa od opisanej zasady. Mąż obowiązany był zatem zapewnić żonie utrzymanie i — ewentualnie — spłacać długi, które żona zaciągnęła w związku z ponoszeniem kosztów tego utrzymania. Jednak jeśli długi te powstały nie na skutek zaspokajania rzeczywistych potrzeb, lecz „na zbytek”, żona odpowiadała za nie osobiście. Mąż

²⁶ „Prawa angielskie względem obywatelów w stanie małżeńskim uważanych są osobliwsze” (ibidem, s. 93).

²⁷ Mąż mógł jednak sporządzić testament na rzecz żony, zważywszy że była to czynność *mortis causa*, skuteczna w momencie, gdy żona odzyskiwała utraconą zdolność prawną (ibidem, s. 94).

²⁸ Chyba że „mąż wyrzekł się kraju albo był z niego wygnany”, jako że wówczas „jest wedle prawa miany za umarłego” (ibidem, s. 94).

²⁹ Nie dotyczyło to jednak spraw kryminalnych — żona traciła bowiem podmiotowość prawną tylko na gruncie prawa cywilnego (por. ibidem).

nie ponosił też kosztów utrzymania małżonki, gdy ta go opuściła i związała się z innym mężczyzną. Wyjątkowo można było uznać czynność prawną żony za ważną, jeśli została „przed urzędem samotnie i sekretnie wyegzaminowana³⁰ pierwiej, czy ten akt jej jest dobrowolny, a nie przymuszony”. Kobieta mogła wreszcie „świadczyć [...] przeciwko mężowi swojemu”, gdy np. „[...] gwałtem porwana i zaślubiona była”³¹.

W odniesieniu do instytucji prawa angielskiego Bohusz przyjmuje zazwyczaj pozycję spokojnego obserwatora, co najwyżej podkreślającego osobliwości niektórych opisywanych rozwiązań, nie potrafi jednak zachować owego spokoju w stosunku do prawa opiekuńczego. Przedmiotem jego zainteresowania jest wyłącznie opieka nad małoletnimi stanu szlacheckiego, sierotami mającymi „lennosć od korony”. Z opisu Bohusza wynika, że opiekę formalnie sprawował w imieniu króla „prokurator jeneralny” specjalnego sądu. Oznaczało to jednak, że dochody z opieki traktowano jako dochody Korony, o które się łakomie ubiegano i które król rozdawał swoim faworytom. W tym wypadku prawo wyraźnie faworyzowało opiekuna, który winien jedynie zabezpieczyć byt podopiecznego („dać żywnosć i wygodę”), a resztę dochodów z dóbr małoletniego mógł przejmować dla siebie i to „bez żadnej kalkulacji”. Miały mieć miejsce również przypadki „ożenienia arbitralnego biednych sierot”, bywało, że opiekunowie wystawiali co zamożniejsze podopieczne niejako na sprzedaż, oddając je temu z konkurentów, który zaoferował większą sumę. Zdaniem Bohusza przepisy te były „okrutne i dzikie” i dziwił się, że „naród angielski dotąd nie skasował prawa, mocą którego nie opiekun jest postanowiony dla sieroty, ale sierota dla opiekuna”³².

Na kolejne ślady zainteresowania podróżnika prawem rodzinnym napotykamy dopiero w opisie Rzymu. Uwagi zawarte na kartach diariusza odnoszą się wprawdzie przede wszystkim do dobroczynności, jednak przy okazji dotykają też specyficznego wycinka prawa małżeńskiego, a może i opiekuńczego. Przypatrywał się bowiem Bohusz ceremonii wyposażania ubogich dziewcząt³³,

³⁰ W edycji: „wyeksaminowana”.

³¹ Ibidem, s. 94—95. Czym innym uzasadniano natomiast możliwość występowania żony w charakterze pełnomocnika małżonka, bo taka plenipotencja „nie tylko nie stanowi udziału, ale owszem czyni reprezentacją jego” (ibidem, s. 94).

³² Ibidem, s. 95.

³³ Był to chyba jeden ze stałych punktów rzymskiego pobytu różnych peregrynantów. O wyposażaniu panien w dniu 25 marca wspomina Jakub Sobieski: *Peregrynacja...*, s. 194—195. Dość dokładnie opisuje je Jakub Lanhaus, z tym, że gdy on gościł w Rzymie, uroczystość odbywała się w dniu święta Matki Boskiej Różańcowej — w 1768 r. przypadającym na 2 października (*Opis podróży. Itinerarium (1768—1769)*. Wyd. B. Rok, M. Chachaj przy współpracy M. Foryckiego. Kraków—Wrocław [2014], s. 193; por. A. Sajkowski: *Włoskie przygody...*, s. 138). Świadkiem tej dorocznej uroczystości była też Teofila Konstancja z Radziwiłłów Morawska — według niej z kolei owo wyposażanie panien powinno się odbywać w Niedzielę Palmową, jednak podczas jej pobytu w Rzymie w 1774 r. „ojciec święty dla włas-

zazwyczaj odbywającej się w święto Zwiastowania Najświętszej Maryi Panny (25 marca)³⁴. Opisując samą uroczystość wręczania posagów przez papieża albo zastępującego go kardynała, podróżnik nie omieszczał wspomnieć o tym, że fundusze na owo uposażenie pochodzą od różnych rzymskich bractw, krytykując przy okazji metody wybierania dziewcząt, które miały dostać pieniądze, a także to, że najniższy posag — 25 skudów — jest zbyt mały, by stworzyć materialne podstawy małżeństwa. Co więcej, posag przysługiwał w zbyt późnym wieku, dostawano go bowiem po osiągnięciu dwudziestu pięciu lat i chociaż wcześniejsze zamążpójście było w tym wypadku możliwe, to jednak na odpowiednią sumę trzeba było i tak czekać³⁵ — w ten sposób zamiast stanowić zachętę do małżeństwa młodym dziewczynom, „kiedy są płodne”, daje się pieniądze „w ten czas, prawie kiedy płodnemi być przestają”. Jeśli żona zmarła nie zostawiwszy potomstwa, mąż musiał zwrócić posag bractwu, z którego funduszu pieniądze pochodziły. Irytowało Bohusza również to, że większe posagi przyznawano dziewczętom obiecującym życie w zakonie, a więc tym, które miały zapewnione zaspokajanie potrzeb w klasztorze i które w dodatku ślubować miały ubóstwo³⁶. Franciszek Ksawery Bohusz, duchowny i były jezuita, miał zatem w tej kwestii wyraźnie oświeceniowe poglądy, zapominał natomiast, że w wielu żeńskich klasztorach też wymagano posagu³⁷.

W bardzo skromnym zakresie interesował się nasz podróżnik kwestiami, które skłonni bylibyśmy zaliczyć do prawa rzeczowego. Niską jakość wznoszonych w Londynie budowli tłumaczy Bohusz powszechną praktyką wznoszenia ich na gruncie dzierżawionym wieczyste (na 90 lat). Nie wynikało to jednak z bezwzględnie obowiązujących norm prawnych; był to po prostu wygodny (i zapewne korzystny) dla właścicieli gruntów zwyczaj, pozwalający im następcom prawnym po upływie terminu dzierżawy wykorzystać place wedle uznania. Wznoszący budynek emfiteuta miał zaś prawo wzniesiony przez siebie dom szybko rozebrać i wtórnie wykorzystać materiały budowlane. Od opisanej praktyki były jednak liczne wyjątki. Jak pisze Bohusz, w Londynie „wiele jest placów wieczystych albo wieczyste arendowanych”. W pierwszym wypadku autor ma na myśli zapewne pełną własność, w drugim z kolei różne formy emfiteuzy, różniące się jednak od tej wcześniej opisywanej czasem, na który

nych przyczyn odłożył ją na niedzielę przewodnią”, czyli pierwszą niedzielę po Wielkanocy (T.K. z Radziwiłłów Morawska: *Diariusz podróży europejskiej w latach 1773—1774*. Wstęp i oprac. B. Rok. Wrocław 2002, s. 163—165).

³⁴ Podczas bytności Bohusza święto to wypadło w Wielkanoc, dlatego przełożono je na niedzielę, 7 kwietnia.

³⁵ Kobiety dostawały odpowiednie znaczki, na podstawie których otrzymywały ceduły (pieniądze papierowe „25 lat mając”).

³⁶ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 264—265.

³⁷ Por. np. M. Borkowska OSB: *Panny siostry w świecie sarmackim*. Warszawa 2002, s. 13—14.

została ustanowiona, skoro jako jej szczególny przykład podróżnik podaje widziany przez siebie „pałac na 990 lat zaarendowany”³⁸.

F.K. Bohusz omawia też dość szczegółowo nowe angielskie przepisy łowieckie. Opisywana przez niego norma zakazująca urządzania polowań tym, których roczny dochód nie osiągał 200 funtów, miała charakter administracyjny, ale przepisy ustanawiające zakaz polowania na cudzych gruntach bez zgody ich właściciela i sankcjonujące jednocześnie wyjątek od tej reguły („można gonić zwierza na gruncie, którym ucieka”)³⁹, to już w naszym rozumieniu prawo cywilne.

Prawo łowieckie interesowało Bohusza chyba szczególnie, opisując bowiem przemierzane w drodze powrotnej z pierwszej podróży Czechy, zwrócił nasz duchowny uwagę na nowe rozwiązania prawne w tej dziedzinie. Stosunkowo krótka wzmianka nie pozwala ustalić, czy normy te miały charakter cywilnoprawny, czy może raczej administracyjnoprawny⁴⁰. W każdym razie podróżnik z uznaniem odnotował wydanie przez Józefa II przepisów pozwalających wszystkim na zabijanie zwierząt łownych, które do tej pory uprawniona do polowań szlachta starała się „dla swoje uciechy” chronić. Dzięki temu chłop nie musiał już biernie znosić szkód wyrządzanych przez te zwierzęta w uprawach. Zarządzenia zmierzały ponoć do całkowitego wytopienia dzikiej zwierzyny⁴¹, a ci, którzy by ją „dla swojej w polowaniu rozrywki zachować chcieli”, winni trzymać ją w ogrodzonych zwierzyńcach⁴².

Tylko nieliczne fragmenty diariuszy księdza Bohusza odnoszą się do prawa spadkowego. I tak nasz podróżnik zwraca uwagę, iż prawo angielskie nie stawia żadnych wymogów co do formy testamentów, które dzięki temu „są bardzo proste”. Wykonawca testamentu i spadkobiercy „powinni pod nieważnością w sądzie duchownym przyznać ten testament” — przez co rozumieć należy zapewne otwarcie testamentu. Sąd duchowny dokonywał też działu ruchomości należących do spadku i rozpatrywał dotyczące tychże ruchomości spory. Apelacje od jego wyroków rozpoznawać miała Izba Lordów, a ściślej jej delegacja złożona w połowie z lordów świeckich, w połowie z duchownych⁴³.

W pewnym stopniu do prawa spadkowego (dziedziczenia pasywów zmarłego), ale też i do związanego z nim specyficznego postępowania zabezpieczającego nawiązuje fragment diariusza ukazujący osobliwy sposób wymuszania spłaty długów przez spadkobierców dłużnika w Wenecji. Wierzyciel mógł bowiem, „pokazawszy obligi lub rachunki zmarłego”, uzyskać od magistratu

³⁸ Ibidem, s. 66.

³⁹ Ibidem, s. 78.

⁴⁰ W tych czasach, w przypadku własności (także własności podzielonej) trudno chyba mówić o wyraźnych granicach między prawem cywilnym a prawem administracyjnym.

⁴¹ Panujący „umyślnie [...] wyznaczył polowanie dla wykorzenia”, czyli wytopienia owych zwierząt (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 172).

⁴² Ibidem, s. 172—173.

⁴³ Ibidem, s. 95.

władz miasta „pozwolenie aresztowania trupa⁴⁴ w domu jego”. Polegało ono na opieczętowaniu domu, w którym znajdowały się zwłoki, i uniemożliwieniu w ten sposób pogrzebu. Następcy prawni musieli albo spłacić długi, albo wynegocjować z wierzycielem nowe warunki jego zaspokojenia. Dopiero wtedy możliwy stawał się pochówek. Prowadziło to do swoistych wyścigów między wierzycielami a spadkobiercami. Pierwsi starali się jak najszybciej dowiedzieć o śmierci dłużnika, drudzy jak najdłużej utrzymywać ten fakt w tajemnicy, by zdążyć uporać się z pogrzebem przed opieczętowaniem budynku⁴⁵.

F.K. Bohusza zainteresowały także szczególne normy weneckiego prawa spadkowego odnoszące się do zakonników. Podróżnik konstatuje daleko idącą ingerencję władz w życie zakonów, po to by „z nich dobro publiczne korzystało”. Dlatego też po śmierci zakonnika przełożony klasztoru winien dopilnować sporządzenia inwentarza wszystkich pozostałych po zmarłym rzeczy. Następnie, po przeczytaniu spisu wszystkim członkom konwentu, odzież powinna zostać oddana do westiarni, zaś reszta dobytku przekazana miastu („do magistratu”) z przeznaczeniem „na pobożne uczynki”.

Z tą specyficzną formą dziedziczenia Bohusz zetknął się poniekąd osobiście i to nie tylko dlatego, że widział i czytał owe przepisy na kartce przybitej w refektarzu jednego z klasztorów. Czynił bowiem starania, by kupić kolekcję obrazów od pewnego dominikanina, który, próbując — jak przypuszczano — obejść te przepisy, wystawił ją na sprzedaż. Do transakcji najwyraźniej jednak nie doszło. Zakonnik był jeszcze młody, nie musiał się spieszyć i wysoko oszacował posiadane dzieła sztuki, zaś Bohusz chciał je „za tańsze pieniądze [...] kupić”⁴⁶.

Stosunkowo niewiele ma nasz podróżnik do powiedzenia o prawie zobowiązań. Nieliczne spostrzeżenia odnoszą się wyłącznie do państw włoskich, przy czym uwagi, które można by w mniejszym lub większym stopniu powiązać z prawem obligacyjnym, mają bardzo różny charakter. Znajdziemy wśród nich na przykład praktyczną wskazówkę — ostrzega bowiem Bohusz przed pochopnym zawieraniem umów z rzymianami, chętnie oszukującymi nieobeznanych z miejscowymi stosunkami cudzoziemców. Nie powinno się zwłaszcza wchodzić z mieszkańcami Rzymu w długotrwałe stosunki prawne i zanim zdobędzie się odpowiednie doświadczenie i wiedzę „nie najmować stancji, ani żadnego robić kontraktu, tylko na dzień”⁴⁷.

⁴⁴ Bohusz nawiązuje w nazewnictwie do znanej polskiemu prawu instytucji aresztowania rzeczy, człowieka itp. — por. Z. Rymaszewski: *Areszt rzeczy jako zabezpieczenie wierzytelności w miastach Polski średniowiecznej*. Łódź 2015, s. 37—45 i *passim*; zob. też M. Mikołajczyk: *Na drodze do powstania procesu mieszanego. Zmiany w polskim procesie karnym w latach 1764—1794*. Katowice 1991, s. 42—43.

⁴⁵ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 193—194.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 192.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 263.

Parę słów poświęca litewski duchowny umowie pożyczki bankowej. Opisu­jąc emitowane przez banki Państwa Kościelnego papiery wartościowe, au­tor *Dzienników podróży* omawia również działalność banku pobożnego (*Mons pietatis*) udzielającego ubogim pożyczek pod zastaw. Wspomina przejęcie tego banku przez państwo w 1580 r., chwali porządną sposób przechowywania za­stawionych przedmiotów (fantów), a także wzorową metodę prowadzenia reje­strów. Dodaje, że oprocentowane były tylko pożyczki opiewające na wyższe kwoty, informuje też, że przez półtora roku można odkupić przedmiot zastawu, potem zaś wystawiany jest on na aukcję. Jeżeli suma uzyskana ze sprzedaży jest wyższa niż kwota pożyczki i naliczone odsetki — zwraca się nadwyżkę pożyczkobiorcy⁴⁸. Przy okazji podróżnik informuje czytelnika o emitowanych przez bank akcjach i obrocie nimi⁴⁹.

Z zakresu prawa zobowiązań podróżnik zwracał jednak przede wszystkim uwagę na kwestie wiążące się z dzierżawieniem gruntów rolnych i sprzedażą plonów, żywo interesował się bowiem gospodarstwem wiejskim i na przykład „dla gruntowniejszego pokazania rzymskiego rolnictwa” specjalnie wyjechał na kilka dni na wieś⁵⁰.

Obserwacje dotyczące dzierżawy roli w Państwie Kościelnym są rzeczywi­ście stosunkowo obszernie. Bohusz z dużą dozą krytycyzmu zauważa, że przed­miotem dzierżawy jest nie gospodarstwo, ale tylko sama ziemia. Tym samym arendarz musi się postarać o zapewnienie odpowiedniego jej nawożenia i upra­wy. Musi zatem „do ugnojenia trzymać [...] wielkie obory, [...] sprowadzać z zagranicy najemników”, żywić ich, a także zapewnić im we własnym zakre­sie narzędzia do pracy. Ten sposób arendowania gruntów, „bez naczyń gospo­darskich, bez trzody i bydła, bez sposobności nabycia robotników”, skazuje na nędzę dzierżawców, zmuszanych w dodatku do ponoszenia rozmaitych opłat na rzecz skarbu państwa i dziedziców⁵¹.

Opisując Państwo Kościelne, F.K. Bohusz zwrócił też uwagę na charakte­rystyczne ograniczenia swobody sprzedaży płodów rolnych. Gospodarz (dzier­żawca), sprzedając zboże, nie mógł bowiem wybrać sobie krajowego lub zagra­nicznego kontrahenta i uzyskać najkorzystniejszą cenę, lecz winien odstawić je „do spichrzów publicznych prefektom za taką cenę, jaką im się podoba wy­znaczyć”. Pozwala to tymże prefektom ciągnąć zyski z handlu zagranicznego. Zdaniem Bohusza takie uniemożliwianie wolnego obrotu zbożem zraża do zaj-

⁴⁸ Ibidem, s. 258—259.

⁴⁹ Ibidem, s. 259.

⁵⁰ Ibidem, s. 255.

⁵¹ Ibidem, s. 255—256. Wskazuje przy tym Bohusz na dodatkowy czynnik tej nędzy, ja­kim jest wymuszony konserwatyzm w sposobie gospodarowania. Wszelkie próby wprowadze­nia zmian spowodowałyby bowiem utratę najemników, gotowych pracować tylko tak, jak czy­nili ich przodkowie. Ratunkiem dla dzierżawców jest możliwość wycinania lasów i produkcja węgla drzewnego (ibidem, s. 256).

mowania się rolnictwem bogatszych, a „ubożsi [...] wolą być łotrami w mieście i próżniakami, niż tak twardą pracą gospodarstwa kaska chleba dla siebie szukać”⁵².

Nasz podróżnik dostrzegł jednak prawdopodobnie *ratio legis* owego, wydawałoby się dziwnego, przypominającego późniejszą gospodarkę socjalistyczną, uregulowania. Píše bowiem dalej o dobrze utrzymanych spichrzach publicznych, zapewniających nie tylko stałą sprzedaż zboża potrzebującym, ale i gromadzących jego niezbędną rezerwę — zarządzający magazynami winni bowiem utrzymywać trzyletni zapas ziarna⁵³.

Z uznaniem natomiast wypowiada się Bohusz o systemie dzierżawy gruntów w Lombardii i Piemontie (choć w tym wypadku zamożność dzierżawców i wysokie zyski wydzierżawiających wynikały przede wszystkim z żyzności gleb i dobrego sposobu gospodarowania). Podobnie jak i w innych częściach Włoch, właściciele ziemscy nie zajmowali się sami gospodarką rolną, lecz arendowali grunty chłopom, otrzymując czynsz uiszczany zarówno w pieniądzu, jak i w naturze, w postaci produktów zaopatrujących pańskie spiżarnie i piwnice. Co ciekawe, Bohusz, który opisując stosunki wiejskie w Państwie Kościelnym wyraźnie lokował swe sympatie po stronie dzierżawców, w tym wypadku zajmuje zupełnie inne stanowisko. Z uznaniem stwierdza, że w Lombardii władze nie mieszają się w stosunki między właścicielami ziemskimi i chłopami. W razie nieuiszczenia w terminie czynszu, pan może „bez żadnego proceduru odebrać [...] grunt” dzierżawcy, a z jego majątku zaspokoić swe roszczenia wierzytelności. Wyraźną zaletą jest szybkość postępowania i brak jakichkolwiek przepisów, które utrudniałyby panu usunięcie („wyrugowanie”) arendarza, z którego był niezadowolony⁵⁴.

⁵² Ibidem, s. 256. Stanisław Staszic, który trafił do Rzymu w roku 1791, winą za ten stan rzeczy obarczył Olimpię Pamfilii, bratową Innocentego X, wywierającą ogromny wpływ na politykę swego szwagra. „Ta wprowadziła, że kamera święta nakazała, iż każdy rolnik nie mógł komu innemu sprzedać zboża, tylko kamerze, ani potem od kogo innego nie kupować, tylko od kamery. Dalej kamera miała swoich piekarzy; nikt więc nie mógł sobie chleba piec, tylko musiał go od kamery kupować. Ten projekt bezecny, ale dla kamery z początku zyskowny, był utrzymywany przez wielu papieży. Tak rozbiegli się ludzie, zniszczało rolnictwo. Dopiero Ganganelli [Klemens XIV — Giovanni Vincenzo Antonio Ganganelli — M.M.] znowu wprowadził wolność sprzedaży zboża; ale przecież dotychczas zachodzi trudność wywozu i przymus bywa rolnika, iż do Rzymu, nie gdzie indziej, musi swoje zboże dowozić” (S. Staszic: *Podróż do Wiednia i do Włoch, przedsięwzięta w roku 1790, 6 kwietnia*. W: *Dziennik podróży Stanisława Staszica 1789—1805*. Wyd. C. Leśniewski. Kraków 1931, s. 179).

⁵³ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 256. I tu jednak zdarzały się nadużycia. Bywało, że chciwi zarządcy spichrzów sprzedawali znaczną część zapasów po dobrej cenie, łudząc się, że urodzaj zboża pozwoli znów zapełnić magazyny. Istniał jednak niewątpliwie odpowiedni system kontroli, bowiem w razie słabych plonów zarządcy musieli uzupełniać zapasy, sprowadzając na własny koszt drogie zboże z zagranicy (ibidem).

⁵⁴ Ibidem, s. 282.

Prawo karne

Franciszek Ksawery Bohusz, rozwodzący się nad angielskim prawem cywilnym, a zwłaszcza nad tamtejszymi procedurami sądowymi (o czym jeszcze będzie mowa), dość lakonicznie wypowiadał się na temat obowiązującego w Anglii prawa karnego materialnego. Omawiając daleko idące ograniczenie zdolności prawnej kobiety zamężnej, wspomina, że rodziło ono również skutki na gruncie prawa karnego. Pozostawanie pod władzą męża pozwalało przyjmować, że drobniejsze przestępstwa zostały przez nią popełnione pod przymusem ze strony małżonka. Oznaczało to, że to on odpowiadał za owe czyny⁵⁵, a to z kolei prowadziło do zezwalania mężom na stosowanie karcenia domowego nie tylko wobec dzieci, ale i żon. Co prawda — jak stwierdza Bohusz — w przypadku wyższych sfer prawo to już dawno wyszło z użycia, korzystają z niego ciągle ludzie niskiego stanu „i urząd pozwoli mężowi, aby ścisnął wolność żony swojej w przypadku grubej jakiej nieobyczajności⁵⁶ jej”⁵⁷. Autor *Dzienników podróży* podkreśla też nadzwyczajną surowość prawa angielskiego, pisze, że „gdy złapią takiego”, który ukradłby „choćby tylko [...] szyling”, zostanie on „osądzony [...] na szubienicę i egzekwowany⁵⁸ bez pardonu”⁵⁹. Z kolei wspominając dzień spędzony w sądach angielskich, wyliczał, że spośród dwudziestu osądzonych wtedy oskarżonych pięciu skazano „na gardło [...] za rozbój na drogach”, zaś sześciu za kradzież. Trzech było „o małą kradzież przekonanych” — ci zapewne uniknęli stryczka, zaś sześciu uniewinniono z powodu braku wystarczających dowodów⁶⁰.

Są to chyba jedyne uwagi podróżnika o bardziej ogólnym charakterze. Zwiedzając kraje Europy Bohusz odnotowywał bowiem przede wszystkim niekóre z podlegających karze czynów, zwłaszcza gdy specyficzny był przedmiot ochrony albo gdy interesująca wydawała się sankcja. Dodajmy, że część opisywanych uregulowań lokuje się na granicy prawa karnego i administracyjnego.

Omawiając organizację i działalność Banku Angielskiego, ksiądz Bohusz podkreślał, że fałszowanie dokumentów wystawionych przez bank (w tym

⁵⁵ „W mniejszych nawet przestępstwach jej przez przymus mążowski prawo ją zupełnie wymawia” i „za żonę swoją mąż odpowiadać musi” (ibidem, s. 95). Por. K. Baran: *Z dziejów prawa karnego Anglii. Między Renesansem a Oświeceniem XVI—XVIII w.* Kraków 1996, s. 66—67.

⁵⁶ Przypuszczam, że tak należało odczytać to słowo — w edycji mamy jednak: „nieobyczynności”.

⁵⁷ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 95.

⁵⁸ W edycji: „eksekwowany”.

⁵⁹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 65.

⁶⁰ Ibidem, s. 92. Tu też podaje przykład niesprawiedliwego skazania na śmierć „młodziana za to, że okradł w opilstwie jedną nierządnicę”. W tym wypadku jednak Bohusz nie tyle krytykuje nadmierną surowość prawa, ile błąd popełniony w toku postępowania (ibidem).

banknotów)⁶¹ to „akcja gardłowa bez najmniejszej nadziei pardonu”⁶². Zwieńczając opactwo westminsterskie, litewski duchowny opisał królewski tron koronacyjny i dodał, że „kto by przez nieświadomość na nim usiadł, sztraf kilku pensów zapłacić musi”⁶³. W Wiedniu podróżnika zainteresowały kary (a może raczej opłaty) ściągane od mężczyzn korzystających z usług prostytutek. Podkreśla, że dochód z tych kar jest znaczny i przeznaczany jest na „pobożne uczynki”, jest to też „jedyne przychód, czyli fundusz więzień publicznych i szpitalów” i dodaje, że „z głodu i nędzy poumieraliby więźniowie, gdyby wiedeńscy ludzie mniej rozwiązłymi byli”⁶⁴. Opisując krótki rzymski karnawał, uznał za godne wspomnienia to, że dopiero po wystrzale z armaty, który ów karnawał inicjuje, „wolno w maskach po ulicy chodzić i jeździć”. Kto rozpoczęłby zabawę wcześniej i „w masce ukazał się”, zostałby ukarany aresztem⁶⁵. W Szwajcarii, przeprawiając się przez Alpy, zwrócił uwagę na niebezpieczeństwo ze strony lawin (małą lawinę zresztą sam widział). Ponieważ najlepszą ochronę przed zsuwającymi się masami śniegu stanowiły gęsto rosnące drzewa, zabroniono i to „pod gardłem” z takich drzew nawet „jedną [...] gałązkę wyciąć”⁶⁶.

Czasami odnotowywał też Bohusz szczególne uprzywilejowanie przez prawo karne pewnych osób.

We fragmencie diariusza poświęconym Francji wspomniany został pojedynek księcia de Condé z bratem królewskim, księciem d’Artois (późniejszym Karolem X) — relację tę ksiądz Franciszek Ksawery uzupełnił, informując, iż król swego brata potem „na trzy dni na wygnanie skazał do domu jednego placencjowego królewskiego”⁶⁷.

Stosunkowo obszerny opis Zamku Świętego Anioła w Rzymie zawiera wzmiankę o miejscu, „gdzie z rozkazu Piusa IV kardynał Karaffa był uduszony”. To niesłychane wydarzenie tak wstrząsnęło kolegium kardynalskim, „że się postarało władzę papieżową arbitralną w czas następny w ten sposób określić, aby odtąd żaden z kardynałów na śmierć dekretowanym być nie mógł bez zezwolenia *sacri collegii*”⁶⁸.

Jedną z ciekawostek odnotowanych w Rzymie był egzamin z katechizmu, któremu poddawano dzieci ze wszystkich parafii miasta. Zwycięzca owego egzaminu-konkursu, oprócz doraźnych nagród, zyskiwał również „przywilej mu

⁶¹ Przepięstewem jest: „zmyśleć pieczęć bankową albo weksel bankowy zapieczętowny, czy bank notę podskrobać” (ibidem, s. 104).

⁶² Ibidem, s. 104.

⁶³ Ibidem, s. 125.

⁶⁴ Ibidem, s. 180—181.

⁶⁵ Ibidem, s. 260.

⁶⁶ Ibidem, s. 284.

⁶⁷ Ibidem, s. 153.

⁶⁸ Ibidem, s. 241—242.

na całe życie służący” — gdyby popełnił zbrodnię, za którą groziła kara szubienicy, nie mógł być powieszony, lecz jedynie ścięty⁶⁹.

W sumie prawo karne materialne w ujęciu F.K. Bohusza to głównie zbiór ciekawostek, rzucających się w oczy osobliwości, elementów egzotyki zwiezdanych krajów. Bardziej kompleksowego podejścia wyraźnie brakuje. Zupełnie inaczej rzecz się ma z postępowaniem sądowym.

Prawo procesowe

Wyjątkowo dokładnie opisane zostało postępowanie sądowe w Anglii (głównie w sprawach karnych), co zresztą nie dziwi, zważywszy jak wiele miejsca w swym diariuszu poświęcił nasz podróżnik ustrojowi i prawu Wielkiej Brytanii.

Streszczając ów opis, nie można pominąć uwag Bohusza odnoszących się do ustroju angielskich sądów⁷⁰, chociaż dokładniej zajmujemy się tym zagadnieniem w osobnym opracowaniu⁷¹. W miarę szczegółowo opisani zostali sędziowie pokoju. Należą do nich drobne sprawy (zdaniem Bohusza cywilne⁷², „dla odebrania drobnych dłużków, które nie przechodzą 80 zł polskich”⁷³). Z informacją tą kłóci się nieco inna, iż „cywilne sprawy wartujące do 80 zł naszych” należą do sądu szeryfa (sprawowanego w jego imieniu przez małego szeryfa)⁷⁴. W diariuszu znalazły się też wzmianki o uprawnieniach sądowych lorda majora Londynu, jak i o dyżurujących w nocy mieszczanach londyńskich, których zadaniem było wstępne osądzenie, czy zatrzymane przez strażników

⁶⁹ Ibidem, s. 265.

⁷⁰ Podając statystyczne dane dotyczące Londynu, podróżnik zauważa, że funkcjonuje w nim „10 izb sądowych” (ibidem, s. 62).

⁷¹ M. Mikołajczyk: *Franciszek Ksawery Bohusz o ustroju Anglii...*, s. 579—581.

⁷² Jak wiadomo, sędziowie pokoju orzekali również w drobniejszych sprawach karnych. Por. K. Baran: *Z dziejów...*, s. 15—17.

⁷³ W innym miejscu Bohusz wspomina jednak o rozpoznawaniu przez sędziów pokoju spraw karnych. Utyskuje bowiem, że sędziowie ci „bywają pospolicie bez obyczajów, których często z urzędu zasadzają osobliwie, kiedy się kto akredytowany na nich poskarży”. W tym wypadku ma na myśli pobłażliwość sędziów pokoju wobec londyńskich prostytutek i zarazem złodziejek w sytuacjach, w których skarżącym był cudzoziemiec (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 66; por. K. Baran: *Z dziejów...*, s. 23). Bohusz wspomina też o rozpoznawaniu przez nich spraw „per provisionem”, co oznaczało, że mimo wydania „doczesnego dekretu” ostateczną decyzję i tak podejmował sędzia królewski (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 88). Być może Bohusz miał tu na myśli tzw. skazania sumaryczne, czyli wyroki wydawane w najdrobniejszych sprawach przez sędziów pokoju (w składzie jedno- lub dwuosobowym), które mógł uchylić Sąd Ławy Królewskiej, a później, od 1670 r. sesje kwartalne sędziów pokoju (K. Baran: *Z dziejów...*, s. 16—17).

⁷⁴ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 88—89.

miejskich osoby powinny pozostać w areszcie i nazajutrz przekazane właściwemu sądowi, czy też wypuszczone na wolność⁷⁵.

Wszelkie poważniejsze sprawy należały jednak do objeżdżających hrabstwa królewskich sędziów delegowanych z Westminsteru (sędziów assyzalnych)⁷⁶, których Bohusz nazywa wielkimi sędziami⁷⁷. Dość dokładnie opisane zostały też sądy westminsterskie: Sąd Ławy Królewskiej, Sąd Spraw Pospolitych oraz Sąd Exchequeru, a także sąd kanclerski — podróżnik niezbyt precyzyjnie określa jednak owe sądy jako „urzędy, do których sprawy przez apelację przychodzą”⁷⁸. Wie jednak (i tu jego wiadomości wydają się ścisłe), że od orzeczeń sędziów królewskich „idzie apelacja do parlamentu”, przy czym zaznacza, że owym sądem apelacyjnym jest izba wyższa (czyli Izba Lordów)⁷⁹.

W innych miejscach swego diariusza ksiądz Franciszek Ksawery wspomina też sądy specjalne. Píše zatem, że sprawy małżeńskie, a także sprawy związane z dziedziczeniem na podstawie testamentu należą do sądów duchownych⁸⁰. Wzmiankuje również o funkcjonowaniu sądów wojskowych, co jednak nie łączyła właściwości sądów powszechnych wobec żołnierzy w sprawach cywilnych i kryminalnych⁸¹.

Zadaniem wspomnianych sędziów pokoju było także „egzaminować i do więzienia wsadzać tych, którzy naruszają pokój i mieszają spokojność poddanych królewskich”⁸². Autor diariusza dotyka w tym miejscu czynności, które moglibyśmy uznać za namiastki postępowania przygotowawczego. Wspomina o nich również w innych miejscach diariusza, niekiedy tylko mimochodem, na

⁷⁵ Ibidem, s. 64—65.

⁷⁶ Por. K. Baran: *Z dziejów...*, s. 14—20.

⁷⁷ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 87—88.

⁷⁸ Ibidem, s. 92—93. Opiswane „wielkie sądy Anglii” nie były sądami apelacyjnymi, zresztą apelacja w kontynentalnym rozumieniu nie była znana prawu angielskiemu — por. K. Baran: *Z dziejów...*, s. 18—19; Idem: *Dawny angielski proces karny (do połowy XVII stulecia)*. „Krakowskie Studia Prawnicze” 1978, R. 11, s. 149; J. Halberda: *Środki odwoławcze w średniowiecznym i nowożytnym „common law”*. W: *Regnare. Gubernare. Administrare. Prace dedykowane profesorowi Jerzemu Malcowi z okazji 40-lecia pracy naukowej*. [Tom: *Prawo i władza na przestrzeni wieków*]. Red. S. Grodziski, A. Dziadzio. Kraków 2012, s. 41—42. Być może jednak Bohusz brał w tym wypadku pod uwagę (i odpowiednio upraszczał) postępowanie na podstawie rytu o błędach (*writ of error*) — por. J. Halberda: *Środki odwoławcze...*, s. 45—48, a także K. Baran: *Dawny angielski proces...*, s. 149.

⁷⁹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 88.

⁸⁰ Ibidem, s. 93—95. Sądy duchowne utraciły swe kompetencje dopiero w 1857 r. (Ł.J. Korporowicz: *Prawo rzymskie w orzecznictwie Izby Lordów w latach 1876—2009*. Łódź 2016, s. 96).

⁸¹ Ibidem, s. 106—107.

⁸² Por. uwagi Kazimierza Barana o sumarycznym śledztwie prowadzonym głównie przez pokrzywdzonego, wspomaganego przez sędziego pokoju i o sporządzaniu przez tegoż sędziego krótkiego raportu z wstępnych czynności śledczych (*Z dziejów...*, s. 124—126, 163). Zob. też Idem: *Dawny angielski proces...*, s. 138—140.

przykład informując o spoczywającym na szeryfach obowiązku stawiania do sądu złoczyńców⁸³. Opowiadając o pladze rozbójów, podróżnik wzmiankuje też o sowitym wynagradzaniu osób, które schwytały były rozbójnika i doprowadziły go do sądu. Twierdzi jednak, że system ten nie zdaje w praktyce egzaminu, oskarżonemu trzeba bowiem dowieść winę, stawiając dodatkowych dwóch świadków, co faktycznie pozwala obwinionemu ująć przed zasłużoną karą. Może on bowiem w tym czasie znaleźć „dwóch sobie podobnych łotrów, a czasem i współników tajemnych, którzy przysięgną, że obżałowany o kryminala tego a tego czasu popełniony właśnie tegoż czasu w kilkanaście mil znajdował się”. Uważa zatem nasz podróżnik, że „prawa [...] angielskie nie tylko w ten sposób nie zabiegają rozbojom, ale owszem, zdają się faworyzować hultajów”⁸⁴. Bohusz opisał w tym miejscu znany od dawna w Anglii tzw. *reward system*, do korzystania z którego zmuszał brak zorganizowanej policji. Ubolewając nad niedoskonałością owego włączania społeczeństwa do ścigania przestępstw, nie wskazał jednak największej jego słabości — *reward system* wykorzystywany był bowiem przez bandy przestępców, które dla nagrody zaczęły dostarczać do sądów niewinnych ludzi, oskarżając ich o rozbój⁸⁵.

Być może autor *Dzienników podróży* zdawał sobie sprawę z nieformalnego charakteru czynności śledczych. W innym miejscu pisał bowiem, że liczą się tylko sądowe oświadczenia oskarżonego, dlatego, jeśli nawet przyznałby się wcześniej do zarzucanego mu czynu, to gdy przed sądem po przeczytaniu skargi twierdzi, iż jest niewinny, musi się odbyć normalna rozprawa sądowa z udziałem przysięgłych⁸⁶.

Pisząc o więzieniu, do którego sędziowie pokoju oddawać mieli oskarżonych, ksiądz Franciszek Ksawery miał na myśli jedynie areszt tymczasowy. Sędziowie pokoju zbierali się bowiem co kwartał w stolicy hrabstwa (zjeżdżali „do miasteczka powiatowego” — jak pisze nasz duchowny), gdzie przez powołaną wcześniej wielką ławą przysięgłych badane były poszczególne sprawy. Bohusz myli się co do liczby sędziów tworzących ławę, twierdzi, że jest ich dwunastu (w rzeczywistości 23⁸⁷), dość dobrze jednak przedstawia zadania przysięgłych. Mieli oni „inkwirować [...] w przypadek winowajcy”, gdy uznali, że można go postawić w stan oskarżenia („kiedy osądzą rzecz wartą, aby był zapozwany”) sędzia pokoju winien osadzić oskarżonego w więzieniu, negatywna decyzja ławy oznaczała natomiast uwolnienie podsądnego⁸⁸.

⁸³ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 88.

⁸⁴ Ibidem, s. 65.

⁸⁵ K. Baran: *Z dziejów...*, s. 134—135.

⁸⁶ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 91.

⁸⁷ Por. np. K. Koranyi: *Powszechna historia państwa i prawa*. T. 3. Warszawa 1966, s. 202.

⁸⁸ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 88—89. W innym miejscu Bohusz pisze: „Ktokolwiek jest oskarżony o kryminala, nie pierwaj na gardło może być sądzony, aż wprzód 12 przysięgłych

F.K. Bohusz dobrze zna *Habeas Corpus Act* gwarantujący nietykalność osobistą brytyjskich poddanych. Píše zatem, że w sprawie, której wielka ława nadała bieg, sędzia winien zdecydować, czy dalsze pozostawanie oskarżonego w areszcie jest konieczne. Jeśli bowiem uzna, iż sprawa należy do kategorii tych, „gdzie poręka przyjęta być powinna”, winien przyjąć natychmiast owo poręczenie, a obwinionego wypuścić na wolność, dopóki we właściwym sądzie „nie będzie albo winnym, albo niewinnym ogłoszony”⁸⁹.

Bohusz zafascynowany był angielskim procesem kryminalnym, „nad który”, jego zdaniem, „nic nie ma prostszego i słusniejszego”. Twierdzi, iż poznał ów proces dzięki własnym obserwacjom, był bowiem „wielokrotnie na sądach i dobrze się temu procesowi” przypatrzył⁹⁰. Podkreśla on zatem publiczny charakter rozpraw, a także to, że proces toczy się „między oskarżonym, sędzią i przysięgłymi”, co w jakimś stopniu odzwierciedla kontradiktoryjność postępowania⁹¹. W innym miejscu podróżnik akcentuje z kolei obowiązywanie w owym procesie zasady domniemania niewinności („człowiek [...] w oczach prawa zawsze suponuje się niewinnym aż do ostatecznej jego konwiktji”)⁹². Oskarżonemu przysługuje prawo korzystania z pomocy obrońcy (nazywa go swojsko patronem), zauważa jednak, że obrońcy temu „nie wolno roztrząsać samego uczynku”, lecz może on jedynie kwestionować kwalifikację prawną czynu⁹³. Rzeczywiście, w Anglii długo opierano się przed udziałem obrońcy, zwłaszcza w poważniejszych sprawach karnych, a jeśli już go dopuszczano do sprawy, to pozwalano mu tylko na poruszanie materii prawnej, a nie faktycznej⁹⁴. Obwinionemu powinno się jednak odpowiednio wcześniej, przed rozprawą przedstawić kopię pozwu, aby się mógł przygotować do

mężów zgodzi się, że [...] powinien być zapozwany i złożyć dowody przed w. sędzią tego powiatu albo miasta, w którym się ten stał uczynek” (ibidem, s. 89).

⁸⁹ Ibidem, s. 89. Tu także mowa o przysługującym oskarżonemu prawie żądania jak najszybszego osądzenia jego sprawy (ibidem).

⁹⁰ Z notatek Antoniego Tyzenhauza wynika, iż dwukrotnie odwiedzał on sądy angielskie, by przysłuchiwać się rozprawom w sprawach kryminalnych (por. Z. Libiszowska: *Życie polskie w Londynie w XVIII wieku*. Warszawa 1972, s. 197—198). Jeśli Bohusz mu towarzyszył, to i on przynajmniej dwa razy miał okazję przyjrzeć się działaniu angielskiego aparatu wymiaru sprawiedliwości. W innym miejscu swego dziennika ksiądz Franciszek Ksawery Bohusz píše jednak tylko o jednym dniu, w którym „był na sądach” (*Dzienniki*, s. 92), możliwe więc, że jego znajomość angielskiej praktyki sądowej nie była aż tak gruntowna.

⁹¹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 90—91.

⁹² Ibidem, s. 89—90. Wydawca proponuje tu błędny raczej odczyt: „aż dostatecznej jego konwiktji”.

⁹³ W tekście mowa jest o tym, że obrońca „może tylko źle od tej sprawy przystosowane prawo” (ibidem, s. 91). Zaproponowany przez wydawcę odczyt prawdopodobnie nie jest dokładny, jednak sens tego fragmentu wydaje się jasny — obrońcy wolno się wypowiadać tylko w kwestiach prawnych.

⁹⁴ K. Baran: *Z dziejów...*, s. 134.

obrony⁹⁵. Oskarżonemu wolno także „na obronę swoją stawić świadków i wszystkich najśmieszniejszych do usprawiedliwienia siebie używać sposobów”. Procesowi przyświeca zresztą zasada, iż „lepiej 20 uwolnić winnych, niż stracić 1 niewinno”. Zrobiono zatem wszystko, by można było ową niewinność oskarżonego wykazać i nie dopuścić, „aby władza skorumpowanego sędziego albo influencja [...] wielkiego pana słabszego niesłusznie nie ucisnęła”⁹⁶.

Podróżnik podkreśla, że oskarżony przed rozpoczęciem rozprawy jest uwalniany z kajdan⁹⁷. Następnie odczytywana jest skarga⁹⁸, po czym pada pytanie, czy przyznaje się on do zarzucanego mu czynu. Jeśli oskarżony przyzna się do winy, oznacza to koniec procesu (i w domyśle wyrok skazujący), jeśli nie — rozpoczyna się normalne postępowanie.

W razie upartego milczenia obwinionego „prawo każe go przycisnąć aż do śmierci”. W tym miejscu Bohusz szczegółowo opisuje tzw. karę mocną (*peine forte et dure*), mającą — jak wiadomo — zmusić oskarżonego do wypowiedzenia formułki pozwalającej rozpoznać jego sprawę z udziałem ławy przysięgłych⁹⁹. Nasz podróżnik nie dostrzega chyba jednak tego celu i traktuje ów środek jako karę za uporczywe milczenie. Wie jednak mniej więcej, na czym *peine forte et dure* polegała — opisuje, jak to złoczyńcę „odprowadzają do więzienia, tam związawszy mu ręce i nogi, na wznak zawieszają go na powietrzu i ciężar mu kładą znaczny na piersi. Wolno mu tylko nazajutrz dać trzy kęsy jęczmiennego chleba, ale nie wody. Potem samą tylko mu daje się wodę, póki nie skona”, przy czym „nie dadzą jednak z kryminalistów żadnemu tak się męczyć długo, nakładają bowiem na niego tyle ciężaru, że prędko skonać musi”. Trafnie zaznacza, że niektórzy ze złoczyńców wolą zakończyć życie pod ciężarem, ratują bowiem w ten sposób swój majątek przed konfiskatą¹⁰⁰.

⁹⁵ F.K. Bohusz zaznacza jednak, że jest to praktykowane „w niektórych przypadkach” (*Dzienniki*, s. 89—90).

⁹⁶ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 90—91. Bohusz prawdopodobnie nie zdawał sobie sprawy z tego, że nie tylko udział obrońcy, ale i prawo oskarżonego do obrony przez całe stulecia z trudem torowało sobie drogę do angielskiego procesu w sprawach kryminalnych (K. Baran: *Z dziejów...*, s. 131—134, 137, 142; Idem: *Dawny angielski proces...*, s. 143—147).

⁹⁷ Prawdopodobnie w związku z tym, że w Polsce praktyka była odmienna (por. M. Mikołajczyk: *Proces kryminalny w miastach Małopolski XVI—XVIII wieku*. Katowice 2013, s. 149—150; Idem: *Tymczasowe aresztowanie w prawie polskim XV—XVIII wieku*. „Przegląd Penitencjarny i Kryminologiczny” 1985, nr 7, s. 81—82).

⁹⁸ Bohusz jak zwykle używa swojskich terminów — skarga to żałoba, odczytują ją zaś regent (*Dzienniki*, s. 91).

⁹⁹ Por. K. Baran: *Z dziejów...*, s. 134; Idem: *Dawny angielski proces...*, s. 141—143; K. Koranyi: *Powszechna historia państwa i prawa*. T. 4. Warszawa 1967, s. 129.

¹⁰⁰ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 91. Konfiskatą zagrożoną karą śmierci było zagrożone każde przestępstwo należące do kategorii *felony*. Niedoprowadzenie procesu do końca wobec śmierci oskarżonego oznaczało niemożność orzeczenia owej konfiskaty (K. Baran: *Z dziejów...*, s. 142).

Opis kary mocnej jest w miarę poprawny, nie wiadomo tylko, skąd wzięło się owo zawieszanie złoczyńcy w powietrzu — w rzeczywistości był on kładziony na posadzce celi¹⁰¹, rzecz jednak w tym, że w czasie podróży Bohusza, w 1777 r. kara ta była już od kilku lat zniesiona¹⁰². Jest zatem bardzo prawdopodobne, że w tym wypadku uczonego peregrynant opierał się nie na własnych obserwacjach czy też przeprowadzonych podczas podróży rozmowach, lecz, przygotowując ostateczną redakcję tekstu, korzystał z jakiegoś nie w pełni już aktualnego dzieła poświęconego prawu angielskiemu.

Bohusz szczegółowo opisuje konstruowanie dwunastoosobowej ławy orzekającej, która stanowić miała swego rodzaju sąd parów, równych oskarżonemu i do której winni wejść sąsiedzi oskarżonego albo ludzie mieszkający „blisko miejsca, gdzie się [...] uczynek przydarzył”. Chodziło o to, by przysięgli dobrze znali „życie więźnia”, a także potrafili łatwo ocenić wiarygodność znanych im świadków¹⁰³. Oskarżony otrzymać miał nie tylko pozew, ale i „registr przysięgłych mężów, którzy właściwymi być mają jego sędziami, aby ich poznał charakter i rozszluchał się, jeśli potrzebne mają światło albo nie są mu nieprzyjaźni”. Zdaniem Bohusza oskarżony mógł wyłączyć bez podania powodu aż dwudziestu kandydatów, a także każdego innego, o ile wykaże, że nie powinien on zasiadać w *jury*¹⁰⁴. Podróżnik akcentuje składanie przez owych sędziów przysięgi, iż sprawę „między królem a więźniami” sędzić będą „słusznie wedle dowodów i wedle rzeczywistego świadectwa”. Podkreśla też wielkie zaufanie, jakim obdarzeni są przysięgli, od których decyzji nie przysługuje przecież apelacja. Dlatego też przysięgli, nie zachowujący bezstronności czy też staranności w roztrząsaniu dowodów, chcący się „sędziemu przypodobać”, albo też, mimo wątpliwości, ulegający pokusie przyłączenia się do zdania innych, stają się winnymi „zbrodni krzywoprzysięstwa [...] i morderstwa”. Dodaje też Bohusz, że w razie udowodnienia przysięgłemu takiej nieprawości spotyka go niezwykle surowa kara¹⁰⁵.

¹⁰¹ K. Baran: *Z dziejów...*, s. 142.

¹⁰² Zniesiono ją w 1772 r., przyjmując domniemanie, że milczenie oskarżonego należy uznawać za przyznanie się do winy (K. Baran: *Dawny angielski proces...*, s. 142; K. Koranyi: *Powszechna historia...* T. 4..., s. 129).

¹⁰³ Nie wiadomo, czy Bohusz korzystał w tym wypadku z jakiegoś przestarzałego opracowania angielskiego (doktryna zresztą nie nadążała za praktyką), czy może zauważył rzeczywistość długo się utrzymującą (nawet do XIX w.) relikty starej praktyki, kiedy to przysięgli byli nie tyle roztrząsającymi dowody sędziami, ile świadkami decydującymi o losie oskarżonego na podstawie własnych wiadomości (por. K. Baran: *Z dziejów...*, s. 123—124, 130; Idem: *Dawny angielski proces...*, s. 133—136, zob. też s. 146; K. Koranyi: *Powszechna historia...* T. 3..., s. 202—203).

¹⁰⁴ Por. K. Baran: *Dawny angielski proces...*, s. 135.

¹⁰⁵ „Dobra takiego idą pod konfiskatę, dom ich zburzony, a sama osoba do śmierci w więzieniu bez czci i litości osadzona” (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 90). Winę przysięgłych wykazywało postępowanie na podstawie rytu hańby (*writ of attaint*). Przedstawione w diariuszu

Litewski podróżnik dość trafnie — jak się wydaje — przedstawia przebieg rozprawy, polegającej na przesłuchiwaniu świadków. Kiedy już owi świadkowie „publicznie wysłuchani i przez więźnia samego albo patrona jego wyegzaminowani i skonfrontowani zostaną”, sędzia sumuje wyniki postępowania dowodowego i zwraca się do przysięgłych, „aby wedle sumienia dali zdanie swoje”¹⁰⁶. Zwraca przy tym uwagę na ciągle chyba żywą praktykę szybkiego decydowania o winie bądź niewinności oskarżonego¹⁰⁷. Jeśli bowiem „przypadek jest jasny (co się często trafia), najpierwszy z przysięgłych” w imieniu całej ławy od razu stwierdza, czy oskarżony jest „winien albo nie winien”. Narada ma miejsce tylko w razie istnienia wątpliwości. Wówczas przysięgli, „wziąwszy kopię żałoby”, zamykali się w sali narad. „Trzymani” w nim „bez ognia, bez napoju, bez jadła”, nawet „bez świecy”¹⁰⁸, powinni uzgodnić werdykt, przy czym — co autor diariusza bardzo mocno podkreśla — musiał on być jednomyślny. Śmierć przysięgłego podczas narady skutkować miała wypuszczeniem na wolność podsądnego.

Po uzgodnieniu werdyktu wzywa się aresztanta. Jeśli przysięgli orzekli, iż jest on winny, sędzia pyta go jeszcze, czy istnieją jakieś okoliczności, które nie pozwoliłyby na orzeczenie wobec niego kary śmierci (być może Bohusz ma tu na myśli czynności prowadzące do zastosowania słynnego dobrodziejstwa kleru¹⁰⁹). Następnie sędzia wydaje wyrok, przy czym „w krótkości całą sprawę opowiedziawszy”, na końcu wygłasza słynną formułkę zawierającą orzeczenie kary śmierci, którą to formułkę Bohusz dość wiernie przytacza¹¹⁰.

W razie uniewinnienia oskarżonego mógł on „o strąte, wydatki prawne, napaść procedować przeciwko oskarżycielowi imieniem publiczności czyniącemu”¹¹¹.

drastyczne sankcje od dawna nie były jednak stosowane. Już w czasach pierwszych Tudorów zastąpiono owe kary infamią i grzywną, a od XVII w. rytu hańby w ogóle nie wykorzystywano. Prawdopodobnie Bohusz korzystał w tym wypadku z któregoś z angielskich dzieł prawniczych. Można jednak wątpić, by były to popularne *Commentaries on the Laws of England* Williama Blackstone’a. Ich autor rzeczywiście wspominał o strasznych karach grożących sędziom przysięgłym, ale zaznaczał też, że postępowanie na podstawie rytu *of attain* należało w XVIII w. do zamierzchłej przeszłości (J. Halberda: *Środki odwoławcze...*, s. 44—45).

¹⁰⁶ Por. K. Baran: *Dawny angielski proces...*, s. 148.

¹⁰⁷ Por. Idem: *Z dziejów...*, s. 139.

¹⁰⁸ Por. ibidem, s. 137.

¹⁰⁹ Ława mogła bowiem uznać czyn za mniej poważny, niż był w istocie, kwalifikując go do *cleargyle felonies*. Wówczas, po sprawdzeniu czy oskarżony opanował sztukę czytania (niepiśmienny obwiniony uczył się na pamięć fragmentu psalmu i potem udawał, że go odczytuje), skazywano go na łagodniejszą karę (K. Baran: *Z dziejów...*, s. 110, 117—118, 130). Zob. też Idem: *Dawny angielski proces...*, s. 149—150; K. Koranyi: *Powszechna historia...* T. 4..., s. 122—123.

¹¹⁰ „Prawo każe: powrócisz na miejsce, skądś przyszedł, a stamtąd poprowadzą cię na miejsce egzekucji, gdzie za swoje winę wisieć będziesz, aż umrzesz: niech Pan litościw będzie duszy twojej” (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 92; por. K. Baran: *Z dziejów...*, s. 145—146).

¹¹¹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 89—92.

W paru zdaniach Bohusz opisuje też postępowanie apelacyjne¹¹² w Izbie Lordów. Po wydaniu orzeczenia przez sędziego królewskiego, strony winny wnieść do izby wyższej „trzy memoriały”. W pierwszym strona przedstawić winna „pretensję swoją i jej dowody”, w drugim odpowiedzieć „na zarzuty strony przeciwnej”, zaś „trzeci zawierać powinien wszystkie dowody bez najmniejszej nadziei poprawki”. Ten bowiem memoriał, zawierający wyniki postępowania dowodowego, winien być złożony wspólnie przez obie strony w kancelarii. „We trzy dni potem [...] sprawa apelacyjna sędzi się w izbie wyższej w przytomności kanclerza i wszystkich razem wielkich sędziów”. Sędzia, który wydał zaskarżony wyrok, powinien uzasadnić swoją decyzję, po czym lordowie przeprowadzają głosowanie nad wyrokiem. Bohusz zaznacza przy tym, że wprawdzie wszyscy członkowie izby mają prawo do udziału w sądach, to jednak do wydania wyroku wystarczy komplet orzekający złożony z „trzech parów”¹¹³.

Podróżnik napomyka też o monarszym prawie łaski, przy czym zaznacza, że król „może podpisać pardon”, jednak nie zwalnia on od naprawienia krzywdy wyrządzonej prywatnej osobie. Co więcej, w przypadku zabójstwa łaska królewska nie wstrzymuje postępowania, jeśli żona lub najbliżsi krewni zabitego chcą „ścigać prawem zabójcę”¹¹⁴.

Na tle szczegółowych opisów procesu angielskiego zamieszczone w *Dziennikach podróży* informacje o procedurach sądowych w innych krajach wypadają bardzo błado. Najczęściej są to wzmianki dotyczące specyficznych rozwiązań prawnych z pogranicza postępowania sądowego i ustroju organów wymiaru sprawiedliwości. Zwiedzając Gandawę, ksiądz Franciszek Ksawery wspomina zatem, że sądy działające w części kompleksu miejskiego należącej do opactwa Benedyktynów (Bohusz używa tu rodzimej nazwy jurydyka) są niezależne „od magistratu gandawskiego, ale prosto od Brukseli”¹¹⁵. Omawiając organizację i kompetencje paryskiej policji, informuje, że jej szef ma wprawdzie rozległą władzę „w utrzymywaniu publicznego bezpieczeństwa”, nie dysponuje jednak prawie żadnymi uprawnieniami w zakresie sądownictwa. Nie może rozsądzać nawet drobnych spraw, jedynie „znalezione dziewczki na ulicy zagabające mężczyzn albo i francuską chorobą przywiedzione na leki i więzienie do Bicetre”¹¹⁶

¹¹² Należy stale pamiętać, że z apelacją w naszym rozumieniu mamy do czynienia dopiero od I połowy XVIII w. i że mimo pojawienia się jej, ciągle jeszcze wpływały do Izby Lordów sprawy na podstawie rytów *of error* (stanowiących namiastkę apelacji). Inna rzecz, że te stare procedury powoli zanikały. Por. Ł.J. Korporowicz: *Prawo rzymskie...*, s. 80—83, 91—92. Zob. też J. Halberda: *Środki odwoławcze...*, s. 45—47.

¹¹³ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 88.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 83.

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 59.

¹¹⁶ Kobiety kierowano raczej do La Salpêtière, a nie do Bicêtre (R. Niedziela: *Paryż przed Rewolucją (1774—1789). Obraz miasta w oczach cudzoziemców*. Kraków 2015, s. 168—170).

bez apelacji skazać może”. Dlatego też „nie ma u siebie regularnej formy procesu”. Co prawda, może on odpowiadać na zanoszone doń memoriały, ale decyzje jego mogą być zaskarżone do wyższych instancji¹¹⁷. Natomiast „daleko więcej co do judykatury ma władzy lejtnant cywilny”¹¹⁸. W opisie Pragi znalazła się z kolei krótka informacja o sędzię działającym pod przewodnictwem wicekróla (czyli wielkiego burgrabiego Królestwa Czeskiego), do którego „wszystkie [...] apelacyjne sprawy [...] idą”, od którego orzeczeń „jednak *au Conseil*”¹¹⁹ *Intime Antique* do Wiednia zostawiona apelacja stronom”¹²⁰. Wspomniał także Bohusz, że „sprawy wszystkie dotyczące się skarbu cesarskiego mają w Pradze Trybunał Administracyjny”, podobny do „naszej Komisji Skarbowej”¹²¹. Omawiając stosunki w Państwie Kościelnym, wspomina, że do mianowanych przez panów wsi gubernatorów „należą przesady wszystkich drobniejszych sprawek, ukaranie za drobne złodziejstwa” i inne czyny karalne określone w lokalnych statutach¹²². Z pewnym niesmakiem stwierdza wreszcie, że w Wenecji jest „niezmierna” liczba adwokatów, owych „pijawek kieszeniów obywatelskich”, a ponieważ za każdą godzinę prawniczej konsultacji jest ustanowiona wysoka cena, odpowiadająca 2 czerwonym złotym, łatwo się domyślić, „że te konsultacje nigdy się nie kończą, tym bardziej sprawy”¹²³.

Wyjątkowo pojawiają się bardziej szczegółowe opisy niektórych instytucji procesowych.

Omawiając stan bezpieczeństwa w Paryżu, ksiądz Bohusz wspomina nie tylko o policji, ale i o specyficznym postępowaniu w razie znalezienia ciała zamordowanego człowieka. Zwłoki zabitych trzyma się bowiem na jednym z placów „do trzech dni”, by umożliwić przechodzącym ich rozpoznanie. Jeśli jednak nikt nie potwierdzi tożsamości ofiary, ciało zamordowanego grzebie się za miastem¹²⁴.

¹¹⁷ „Do grodu, a stamtąd do parlamentu” (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 142—143).

¹¹⁸ Ibidem, s. 143. Podróżnik ma tu na myśli zapewne namiestnika generalnego policji (*lieutenant général de police*), który istotnie dysponował sporymi kompetencjami w zakresie sądownictwa karnego (R. Niedziela: *Paryż...*, s. 76—77).

¹¹⁹ W edycji: „*Conseil*”.

¹²⁰ Ksiądz Bohusz ma tu na myśli prawdopodobnie Praską Izbę Apelacyjną (*Apelační soud*), zaś wiedeński *Conseil Intime*, to być może Tajna Rada (*Geheimer Rat*) albo Tajna Konferencja (*Geheime Konferenz*) — organa te jednak już na wiele lat przed podróżą Bohusza zostały zastąpione przez inne ciała. Por. L. Vojáček, K. Schelle, V. Knoll, P. Beránek: *České právní dějiny*. Plzeň 2010, s. 107—108, 212. Zob. też J. Koredczuk: *Ordynacja kryminalna Józefa I z 1707 roku. Z dziejów procesu karnego na Śląsku w pierwszej połowie XVIII wieku*. Wrocław 1999, s. 27, 30—31, a także s. 271—277. Zob. też M. Klementowski: *Powszechna historia ustroju*. Warszawa 2012, s. 300—301; K. Koranyi: *Powszechna historia...* T. 3..., s. 327—329, 330—331.

¹²¹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 171.

¹²² Ibidem, s. 256.

¹²³ Ibidem, s. 191.

¹²⁴ Ibidem, s. 144.

Opisując z kolei ustrój Wenecji, Bohusz pisze również o wybieranych przez Radę Dziesięciu trzech inkwizytorach stanu, „na których wspomnienie drży każdy Wenecjanin”. Do nich kierowano bowiem wszelkie tajne donosy i raporty, na podstawie których owi inkwizytorowie mogli zarządzić uwięzienie i stracenie każdego, kogo uznają za niebezpiecznego dla państwa. Inkwizytorowie ci za swe decyzje są całkowicie nieodpowiedzialni, nasz podróżnik jednak stara się łagodzić złą opinię owego inkwizytoratu. Twierdzi bowiem, że tworzący go trzej mężowie to ludzie rozsądni, którzy wcześniej „przez wszystkie Rzeczpospolitej urzędy przeszli”, trudno więc spodziewać się po nich pochopnych decyzji. Znieśli zresztą niedawno „doniesienia sekretne”¹²⁵, donosy muszą być teraz podpisane przez delatorów. I o ile dawniej było wiele tajnych donosów, o tyle od dwóch lat szkatułki, do których je wrzucano, stoją puste. Ponadto „ten inkwizytorat jest wędzidłem jedynym na rozwiążłość szlachty weneckiej”, która zresztą próbowała znieść urząd inkwizytorów¹²⁶. Próba ta przyniosła jednak skutek odwrotny. Kto by bowiem próbował powrócić do owego projektu, winien być „zaraz jako nieprzyjaciel ojczyzny w ręce tychże inkwizytorów [...] oddany i stracony”¹²⁷.

W diariuszu pojawiają się także dwie bardziej ogólne opinie o wymiarze sprawiedliwości i procedurach sądowych w zwiedzanych krajach.

Książd Bohusz nie powstrzymał się przed kąśliwymi uwagami na temat funkcjonowania rzymskich sądów kościelnych. Stwierdza zatem, że choć polska „jurusprudencja jest zagmatwana”, to „nierównie jest zawikłańsza rzymska”. Niezwykle skomplikowana procedura powoduje, iż sprawy ciągną się w nieskończoność¹²⁸.

¹²⁵ W edycji niewątpliwie błędnie: „do zniesienia sekretne”.

¹²⁶ Być może Bohusz ma tu na myśli nieudaną próbę ograniczenia kompetencji Rady Dziesięciu i inkwizytorów podjętą przez Angelo Queriniego, zakończoną aresztowaniem inicjatora. Wydarzenia te zaowocowały jednak połowicznymi reformami przeprowadzonymi w 1762 r. (por. W. Szyszkowski: *Wenecja. Dzieje Republiki 726—1797*. Toruń 1994, s. 248—249).

¹²⁷ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 190. Co ciekawe, pozytywną opinię o weneckich inkwizytorach, systemie donosów, tłumieniu w zarodku buntów itp. wyrażał także inny polski podróżnik, Stanisław Kleczewski: *Itinerarium Romanum (1750). Podróż rzymska (1750)*. Oprac. M. Chachaj, B. Rok, tłum. M. Chachaj, D. Piwowarczyk, B. Rok. Kraków—Wrocław [2016]: *Peregrinationes Sarmatorum*, vol. 5, s. 45—46 (tekst łaciński), 227—228 (tłumaczenie na język polski).

¹²⁸ „Ile kongregacji, tyle trybunałów, adwokatów, kurjatów, agentów, liczba niezmierna żyć ze sporów obywatelskich [może — M.M.]. Niepodobna opisać formalności, przez które przechodzić trzeba. Nikt sprawy końca widzieć nie może, a jeśli przypadkiem koniec przyjdzie, ten, co sprawę przegrał, albo przez suplikę u papieża, czy u audytora jego, rewizją *in integrum* sprawy otrzymać może albo pomiarkowawszy, w rocie sędziów sobie pomyślnych, za podanym *dubium an standum* wygrać może *recedendum a decisis* jako się to prawie co dzień trafia, że ten, co od ojca lub dziada swojego wzięwszy przez sukcesję sprawę [...], na koniec wygra przez podobną decyzją, na nowo zaczynać i przez wszystkie tysiączne formalności, stopnie przechodzić musi” (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 263).

Nie szczędzi też F.K. Bohusz słów krytyki pod adresem sądownictwa szwajcarskiego. Nie dość, że wszyscy w tym kraju uwielbiają się procesować¹²⁹, to i sposób postępowania bywa bardzo skomplikowany¹³⁰. Pociąga to za sobą wielkie koszty, a wszystko to prowadzi w gruncie rzeczy do bezprawia¹³¹.

Postępowanie wykonawcze Więziennictwo

Egzekucje złoczyńców i opisy miejsc straceń to jeden z częściej powtarzających się motywów w relacjach z podróży¹³². Franciszek Ksawery Bohusz nie był łowcą sensacji, a przynajmniej za takiego się nie uważał, wydaje się więc, że nie starał się uczestniczyć jako widz w wykonywaniu kar, jednak od czasu do czasu uznawał za stosowne zamieścić w swym diariuszu informacje o zwyczajach wiążących się z egzekwowaniem skazańców.

W Amsterdamie, zwiedzając tamtejszy ratusz, oglądał między innymi pomieszczenia, „gdzie skazani na śmierć ostatni raz się modlą i któredy ich na teatrum wyprowadzają”¹³³. W Anglii, oprócz wspomnianego ceremoniału towarzyszącego skazaniu złoczyńcy na śmierć, Bohusz odnotował, że wykonanie wyroku należy do szeryfa¹³⁴, przede wszystkim zainteresowała go jednak osobliwa fundacja niejakiego Roberta Dena (z 1605 r.). Jej celem było obciążenie jednego z wikarych obowiązkiem posyłania „w nocy przed każdą kryminalistów egzekucją do więzienia człowieka z dzwoneczkiem”. Winien on podejść „jak najbliżej pod stancje skazanych na śmierć”, następnie „12 razy zadzwonić z przywoitą przerwą”, a potem „głośno i zrozumiale” wyrecytować „formularz” wzywający skazańców do modlitwy i pokuty¹³⁵. Zgodnie z wolą fundatora, w dniu egzekucji miano bić w dzwon kościoła Grobu Pańskiego „póty, póki kryminalistów nie powieszą”. „Procesja” ze skazańcami, kierująca się ku

¹²⁹ „Wieś ze wsią, kommunitas z drugą, kanton nawet z drugim kantonem” (ibidem, s. 286).

¹³⁰ „Obywatel, który jak np. w Lugano od 12 dependuje kantonów, zaapelowawszy od sądziego swego dystryktu, musi z 7 kantonów mieć za sobą decyzję, ażeby sprawę skończył, do każdego kantonu jeździć po tak przykrych drogach, zapożywać, sprawy swej popierać i ekspensować się musi [bez? — M.M.] końca” (ibidem).

¹³¹ Ibidem.

¹³² I to niezależnie od narodowości podróżników — A. Mączak: *Życie codzienne...*, s. 199—201.

¹³³ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 47.

¹³⁴ Ibidem, s. 92.

¹³⁵ Ibidem, s. 114—115. Bohusz przytacza w swym diariuszu cały ów apel do sumień skazanych.

miejscu straceń, powinna się zresztą zatrzymać przed tą świątynią, a wówczas „tenże sam dzwonnik z wysokiego miejsca winien wzywać świadków egzekucji do modlitwy „za tych biednych grzeszników na śmierć idących, za których ten dzwon dzwoni”. Winien też zwrócić się do skazańców, by lali „pokutne łzy” i prosili „o zmiłowanie u Pana” za popełnione przez nich grzechy „przez śmierć i mękę Chrystusa siedzącego na prawicy Boga, aby się wstawiał za wszystkimi”, którzy, podobnie jak owi złoczyńcy, „przez pokutę powracają do Niego”. Do tych wzniosłych słów dołączył jednak Bohusz złośliwą uwagę, że wprawdzie „za tę posługę dzwonnik na rok bierze około 50 zł naszych, ale wspólnie przy takich okazjach tyle jest szmeru i hałasu, że nikt i słowa jednego nie słyszy”¹³⁶.

Na podobne zwyczaje podróżnik nasz zwrócił uwagę podczas pobytu w Rzymie. Opisując kościół Ścięcia św. Jana, zauważył nie tylko to, że jest on „pełen [...] przednich obrazów, a ołtarze wszystkie są ze wschodniego marmuru”, ale i to, że jest to świątynia, w której „schodzi się bractwo z samych Florentczyków złożone”, zwane *Archiconfraternita della misericordia*. Podstawowym zadaniem arcybractwa jest — jak pisze — „nawracanie złoczyńców na śmierć skazanych”, upominanie ich i niesienie pociechy. „Nocy ostatniej¹³⁷ przed egzekucją” dwóch „najwymowniejszych” członków bractwa odwiedza złoczyńcę, „namawiając go do pokuty”, zaś następnego dnia całe bractwo towarzyszy skazańcowi, „idąc przed nim na plac egzekucji”. Tego samego dnia wieczorem członkowie bractwa zabierają ciała straconych¹³⁸ „i na własnym grzebiu cmentarzu”, a ponadto za owych skazanych „msze zakupują”¹³⁹.

Opisując Wenecję, Bohusz wspomniał wreszcie, że między zdołbionymi Piazzetę San Marco kolumnami św. Marka i św. Teodora „odbywają się egzekucje śmierci, dla wrażenia większego postrachu z wielką okazałością okropne”¹⁴⁰. Tym razem jednak oszczędził czytelnikowi szczegółów, pisał zresztą, że egzekucje te są rzadkie, zapewne więc nie miał okazji uczestniczenia w takim widowisku¹⁴¹.

Zwiedzanie więzień nie stanowiło z pewnością głównego celu większości podróży¹⁴², nieraz jednak znajdowano czas na bliższe przyjrzenie się miejscom

¹³⁶ Ibidem, s. 115.

¹³⁷ W edycji błędnie: „nocy ostatni jej”.

¹³⁸ O zwyczaju szybkiego zabierania zwłok skazańców pisał też Jakub Lanhaus w: *Opis podróży...*, s. 135. Tu także o zwyczajach towarzyszących egzekucji (ibidem, s. 133—134).

¹³⁹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 233.

¹⁴⁰ Na to miejsce straceń zwracało uwagę bardzo wielu turystów odwiedzających Wenecję — por. A. Mączak: *Życie codzienne...*, s. 200—201. Zob. też S. Kleczewski: *Itinararium...*, s. 47 (tekst łaciński), 230 (tłumaczenie na język polski).

¹⁴¹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 188.

¹⁴² Chyba że ktoś właśnie po to (lub głównie po to) wyprawiał się za granicę. Takie w pełni planowe i profesjonalne zwiedzanie więzień było celem podróży uważanego za „ojca nowoczesnego więziennictwa” Johna Howarda zob. E. Hansen: *John Howard a współczesna proble-*

przetrzymania skazańców. Obok starych twierdz zainteresowaniem cieszyły się zwłaszcza realizujące ideę resocjalizacji domy poprawy¹⁴³. Szczególną atrakcją był amsterdamski Rasphuis, pierwszy tego typu zakład na kontynencie europejskim¹⁴⁴.

Amsterdamski dom poprawy zwiedzał również F.K. Bohusz w czasie swej pierwszej podróży i uznał ów zakład za „wart widzenia”. Zwrócił uwagę na płaskorzeźby na frontonie przedstawiające „dwa lwy okiełznane”¹⁴⁵ oraz napis „*Virtutis est domare quidcuncit parent*”¹⁴⁶, który, zdaniem podróżnika, oddawał w pełni zadania stawiane przed zakładem, „w którym się kielzna rozpusta uliczna i swoboda młodzi, rodziców, starszych lub panów swych niesłuchającej”. Trafnie podaje też Bohusz, że podstawowym zajęciem destynatariuszy zuchthauzu była obróbka drewna brezyłkowego, którego wióry używane były w przemyśle farbiarskim („na tarkach trzeć muszą brezyłskie drzewo dla wyżywienia się”). Wspomina też o karach dla opornych — była to przede wszystkim chłosta¹⁴⁷, nie był to jednak środek jedyny. Gdy plagi nie pomagały, miano

matyka penitencjarna. Warszawa 2002, s. 39—41, 43—45, 46—51, a także *Wstęp* do tej pracy pióra Brunona Hołysta — ibidem, s. 7—10). Dodajmy, iż Julian Ursyn Niemcewicz swoje pobyty w Stanach Zjednoczonych wykorzystał m.in. do zwiedzenia amerykańskich więzień; obserwacje te starał się zresztą zużytkować po powrocie do kraju (por. J.U. Niemcewicz: *Memoriał o nowym systemie więzień ustanowionym w Stanach Zjednoczonych Ameryki*. Przeł. W. Stankiewiczowa, S. Walczak, oprac. S. Walczak. Warszawa 1962, s. 37—89, zob. też S. Walczak: *Słowo wstępne*. W: J.U. Niemcewicz: *Memoriał...*, s. 5—6, 13—32). Kilka lat spędzonych przez Niemcewicza w Ameryce Północnej trudno byłoby jednak nazwać podróżą — był to bowiem raczej stały pobyt, któremu towarzyszyło zawarcie małżeństwa i przyjęcie obywatelstwa Stanów Zjednoczonych (por. S. Kieniewicz, M. Witkowski: *Julian Niemcewicz (Ursyn Niemcewicz) h. Rawicz (1758—1841)*. W: *Polski słownik biograficzny*. T. 22. Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk 1977, s. 773—774).

¹⁴³ A. Kucharski: *Echa zbrodni...*, s. 164—165.

¹⁴⁴ G. Radbruch: *Die ersten Zuchthäuser und ihr geistesgeschichtlicher Hintergrund*. In: Idem: *Elegantiae Iuris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*. Basel 1950, s. 116—129; P. Zumthor: *Życie codzienne w Holandii w czasach Rembrandta*. Przeł. E. Bąkowska. Warszawa 1965, s. 222—223. Dbano zresztą o jego reklamowanie — por. M. Bogucka: „*Cud*” w domu poprawczym w Amsterdamie. Przyczynek do dziejów dyscyplinowania społeczeństwa u progu epoki nowożytnej. W: *Trudne stulecia. Studia z dziejów XVII i XVIII wieku ofiarowane Profesorowi Jerzemu Michalskiemu w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*. Red. Ł. Kądziała, W. Kriegseisen, Z. Zielińska. Warszawa 1994, s. 128—131; G. Radbruch: *Die ersten Zuchthäuser...*, s. 122—123.

¹⁴⁵ Dzikie zwierzęta dźwigające jarzmo i woźnica machający nad nimi białym symbolizowały poskramianie dzikich instynktów osadzonych w zakładzie (por. G. Radbruch: *Die ersten Zuchthäuser...*, s. 123; zob. też D. Kaczor: *Dom poprawy (Zuchthaus) w Gdańsku w XVII—XVIII w.* „Rocznik Gdański” 1996, T. 56, z. 1, s. 45 (przyp. 15)).

¹⁴⁶ W rzeczywistości „*Virtutis est domare quae cuncti pavent*” — por. P. Zumthor: *Życie codzienne w Holandii...*, s. 222.

¹⁴⁷ Stąd zresztą pochodzi powszechnie używana w Europie nazwa tworzonych na wzór amsterdamskiego zakładu domów poprawy — zuchthauz, *domus castigationis* — czyli dom, gdzie się chłoscze — G. Radbruch: *Die ersten Zuchthäuser...*, s. 124; zob. też R. Quanter:

owych wyjątkowo krnąbrnych więźniów wsadzać „do pewnej studzienki kamiennej i pompę im dawszy”, wpuszczać „drugą stroną wodę, którą oni dla ocalenia życia swego, aby się wodą nie zaleli, ustawnie pompować muszą”¹⁴⁸. Nie wiemy, czy Bohusz osobiście oglądał owo urządzenie, czy mu tylko o nim opowiadano (nie wszyscy historycy wierzą w rzeczywiste stosowanie owego środka¹⁴⁹), tak czy owak ten osobliwy sposób wpajania próżniakom zamiłowania do pracy był wówczas powszechnie znany, a ponoć i naśladowany¹⁵⁰.

Zainteresowanie okazane przez Bohusza domowi poprawy w Amsterdamie było spore, choć najprawdopodobniej nie aż tak duże, by pozwalało wnikać w szczegóły funkcjonowania zakładu, na przykład w to, czy osadzano w nim tylko nieposłusznych młodzieńców, niesfornych służących, ludzi, którym zarzucano wykroczenia przeciw obyczajności, czy także innych, niebezpieczniejszych złoczyńców, którzy jeszcze nie zasłużyli na karę śmierci. Skądinąd wiemy, że amsterdamskie domy poprawy (opisywany Rasphuis i przeznaczony dla kobiet Spinhuis) pełniły również funkcję typowych zakładów penitencjarnych¹⁵¹.

Amsterdamski dom poprawy nie był jedynym zakładem karnym tego typu, który Bohusz poznał osobiście. W czasie pierwszej podróży, w której towarzyszył Antoniemu Tyzenhauzowi odwiedził również zuchthaus w Mannheim. Tym razem wrażenia nie były już tak pozytywne. Podróżnik uznawał wprawdzie potrzebę surowego karania przestępców „dla drugich przykładu i postrachu”, wstrząsający był jednak „widok łańcuchów i innych przemyślanej kary instrumentów, którymi w tym okropnym więzieniu po całodziennej pracy nędzni mieszkańcy przy dość skąpym wyżywieniu dręczeni są i karani”¹⁵². Więzienie, połączone z ciężką pracą, uznawane przez humanitarystów za najlepszą karę, nie miało bynajmniej polegać na łagodnym traktowaniu skazańców; sam Cesare Beccaria pisał o żalonym żywocie zwierzęcia roboczego, który winni wieść więźniowie¹⁵³. Najwyraźniej jednak to, co Polacy zobaczyli w Mannheim, mocno odbiegało od oświeceniowych założeń, a być może i od tego, co widziano w innych więzieniach. Nie wiemy, niestety, czy był to przejaw zacofania, czy jakiejś wyjątkowej lokalnej pomysłowości w dręczeniu skazańców.

Deutsches Zuchthaus- und Gefängniswesen von den ältesten Zeiten bis in die Gegenwart. Leipzig 1905 [reprint: Aalen 1970], s. 130—134.

¹⁴⁸ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 51—52.

¹⁴⁹ Por. M. Bogucka: „Cud” w domu poprawczym..., s. 127.

¹⁵⁰ G. Radbruch: *Die ersten Zuchthäuser...*, s. 121; P. Zumthor: *Życie codzienne w Holandii...*, s. 222—223. Podobne urządzenie miało istnieć w gdańskim domu poprawy (D. Kaczor: *Dom poprawy...*, s. 60).

¹⁵¹ Por. H. Conrad: *Deutsche Rechtsgeschichte.* Bd. 2. Karlsruhe 1962—1966, s. 424; G. Radbruch: *Die ersten Zuchthäuser...*, s. 119.

¹⁵² F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 163—164. Niestety, nie wiemy przy pomocy jakich urządzeń dodatkowo uprzykrzano skazanym ich pobyt w zakładzie.

¹⁵³ C. Beccaria: *O przestępstwach i karach.* Tłum. E.S. Rappaport. Warszawa 1959, s. 145—146.

Książd Bohusz poznał także dwa włoskie domy poprawy — w Rzymie i Genui. W kilku zdaniach poświęconych *domui correctionis* w stolicy Państwa Kościelnego podróżnik podał liczbę osób, którą mógł on pomieścić, wspomniał o osadzonych w nim „i trzymany ostro przez lat kilka” prostytutkom, którym nie udało się przekupić zatrzymujących je strażników miejskich (zbirów), przede wszystkim jednak opisuje karę, której poddawani byli ci z więźniów, którzy „naznaczonej roboty tygodniowej nie skończyli”. Kiedyś miano ich za to bić „rzemieniami, to jest bizunem”, gdy jednak tak wykonywana chłosta zakończyła się śmiercią jednej z osadzonych kobiet, bizun zastąpiono dyscypliną. Bohusz wspomina przy tym o wsadzaniu karanych więźniów w machinę, „która im ręce i nogi krępuje”¹⁵⁴.

Prawdopodobnie nieco odmienną instytucją było — jak można przypuszczać — genueńskie Albergo — potężny gmach, wart „przez cudzoziemca być widzianym”, pełniący funkcję domu miłosierdzia i poprawy. Przede wszystkim stanowił on bowiem instytucję dobroczynną (świadczyłaby o tym również inskrypcja na frontonie budynku)¹⁵⁵. Schronienie znajdowały w nim „sieroty obojej płci”. Licznym podopiecznym zapewniało dach nad głową, karmiono, dawano podstawowe wykształcenie, prowadzono też naukę rzemiosła. Przyjmowano tu również ubogich, niemogących pracować. Jednak i ten zakład w pewnym zakresie pełnił rolę więzienia poprawczego, umieszczano w nim bowiem i trzymano „w ścisłym [...] dozorze” aresztowane przez policję „kobiety rozwięzłe” zwane „donne bandita”¹⁵⁶.

Dodajmy, że wspomina też Bohusz angielski dom poprawy stworzony w celu ukarania i zapewnienia pracy dla „zdrowych, ale próżnujących żebraków”. Ponieważ nie zdawał on w pełni egzaminu („dom takowy na tak wielkie królestwo zanadto był szczupły i niedostarczający”), próbowano też innych sposobów wyplenienia oszukańczego żebractwa. Zauważono przy tym, że skuteczniejsze może się okazać zatrudnianie ubogich jako chałupników, bo dzięki temu nie dochodzi do zrywania więzi rodzinnych¹⁵⁷.

Znacznie bardziej lakoniczne są wzmianki o innych więzieniach¹⁵⁸. Wspomina zatem Bohusz, że zwiedzając ratusz w Amsterdamie, widział również „okropne i straszne ciemnice [...], w które kryminalistów wsadzają”, a także

¹⁵⁴ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 250.

¹⁵⁵ „Cel tego funduszu na facjacie z napisu wiedzieć można *Egenis, Alendis cogendis officio pietate instruendis aedes extructae*” (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 273).

¹⁵⁶ *Ibidem*, s. 273.

¹⁵⁷ *Ibidem*, s. 95—96. Bohusz szczegółowo omówił zasady opieki nad ubogimi, sposoby zapewniania im pracy, stwierdzając jednak, iż nie wie, „jak się to stało, że tak mądre uregulowanie powoli zaniechane i prawie zapomniane zostało (*ibidem*, s. 96—97 — tam też dalsze szczegółowe rozważania na ów temat).

¹⁵⁸ Może to być np. jakaś ciekawostka. I tak podróżnik odnotował, że wiedeńskie więzienia (i szpitale) utrzymywane są z kar „na pobożne uczynki” płaconych przez mężczyzn przyłapanych na korzystaniu z usług prostytutek (*ibidem*, s. 180—181).

„troszkę od pierwszych lepsze” pomieszczenia, gdzie osadza się więzionych za długi¹⁵⁹. Podziwiając wielkość Londynu, zaznacza między innymi, że jest w nim aż „10 więzień publicznych”¹⁶⁰. W innym miejscu wspomina, że widział jedno z tych więzień, „jak okropne, tak wspaniałe”¹⁶¹. Opisując port w Genui, podaje, iż stacjonują tam „galery, na których złoczyńcy są przykuci”¹⁶². W Wenecji dostrzegł Bohusz przycumowaną w pobliżu wspomnianych, wznoszących się na Piazzecie Świętego Marka kolumn starą galereę, w której umieszczano więźniów, by przyzwyczaili się „do tego rodzaju życia, póki za zdarzoną okazją do innych galer na aktualną pracę przeznaczeni nie będą”¹⁶³. Samą karą galer podróżnik specjalnie się już nie interesował.

Trochę bardziej interesowały naszego duchownego miejsca przetrzymywania więźniów politycznych. Podobnie jak inni polscy podróżnicy odwiedzający Londyn¹⁶⁴ nie pomija Bohusz Tower i zaznacza, iż jest tam miejsce, gdzie przetrzymywani są więźniowie stanu, dodając przy tym, że z obawy przed odbiciem przez „pospólstwo” są oni przywożeni do zamku pod osłoną nocy i wprowadzani specjalnym okratowanym wejściem od strony Tamizy¹⁶⁵.

W opisie Paryża nie zabrakło informacji o Bastylii jako więzieniu stanu. Samej twierdzy Bohusz prawdopodobnie nie zwiedzał, natomiast nie omieszkał zawrzeć w dzienniku krytycznych uwag o instytucji królewskich listów pieczętnych (*lettres de cachet*), które stanowiły podstawę bezterminowego osadzenia bez formalnego postępowania sądowego¹⁶⁶. Przyzwyczajony do daleko posuniętej wolności słowa, z wyraźnym niesmakiem pisze o uwięzionych „za epigrammę, za piosneczkę, za krytykowanie po kafenhauzach konduity ministrów”. Brak jakiegokolwiek dochodzenia powodował w dodatku, że do wystawienia listu wystarczyło samo podejrzenie albo oskarżenie, choćby ze strony „łakomego brata lub opiekuna” liczącego na przejęcie majątku osadzonego. Chociaż obraz Bastylii malowany jest w wyjątkowo ciemnych barwach („wiele tam niewinnych ofiar zazdrości, nienawiści, prywaty zapomnianych, do śmierci nędzne życie ciągnąć musi”), to jednak autor dziennika przyznaje, że można było to więzienie opuścić, choć wymagało to albo wyjątkowego szczęścia,

¹⁵⁹ Ibidem, s. 47.

¹⁶⁰ Ibidem, s. 62. Informacja ta (podobnie, jak inne, dotyczące liczby ulic, placów, szkół itp.) zacerpnięta została prawdopodobnie z jakiegoś przewodnika.

¹⁶¹ Ibidem, s. 108.

¹⁶² Ibidem, s. 270. Szerzej rozpisuje się natomiast o pracujących na galerach jeńcach tureckich (ibidem, s. 270—271).

¹⁶³ Ibidem, s. 188.

¹⁶⁴ Por. A. Kucharski: *Echa zbrodni...*, s. 106.

¹⁶⁵ F.K. Bohusz: *Dzienniki...*, s. 107.

¹⁶⁶ F.K. Bohusz pisze, iż listy te wydawane były przez ministra. Istotnie, musiały one być podpisane nie tylko przez króla, ale i sekretarza stanu. Dodać też należy, że intendent dysponowali listami podpisanymi przez panującego *in blanco*. (por. M. Klementowski: *Powszechna historia...*, s. 263—264; K. Koranyi: *Powszechna historia...* T. 3..., s. 282).

albo też usilnych starań i wielkich pieniędzy. Nie umknęło uwadze podróżnika również złagodzenie praktyki w czasach Ludwika XVI — zapanowała bowiem „większa daleko [...] wolność gadania i nie tak ślepo i popędliwie, jak dawniej ludzi do Bastylji sprzątają”¹⁶⁷.

Opisując w paru słowach swą drogę do Włoch podjętą w 1781 r., Bohusz wspominał, że w mijanym Grazu znajduje się zamek, „w którym więźniów stanu wsadzają”¹⁶⁸.

Więzienie stanu mieściło się też w rzymskim Zamku Świętego Anioła, w dawnym apartamencie Klemensa VII. Również w tym wypadku uwagę Bohusza przykuwały różnego rodzaju ciekawostki. Wspomina zatem okienko między celą a kaplicą, pozwalające uwięzionemu na uczestniczenie w mszach świętych. Szczegółowo opisuje nieużywane już trabachetta (łapaczki, samołówki) służące do uśmiercania skazańców, dodaje też, że zwiedzającym pokazywane jest miejsce śmierci wspomnianego kardynała Carafy. Pokazywano mu też (ale tylko z podwórza) pomieszczenia, w których dokonał żywota ostatni generał skasowanego zakonu jezuitów i miejsca uwięzienia jego asystentów. Dodaje wreszcie, że kiedy spodziewany jest rychły zgon ojca św., do Zamku Świętego Anioła przenoszeni są też szczególnie groźni kryminaliści, a to ze względu na zwyczaj uwalniania po śmierci papieża przez lud rzymski „wszystkich bez wykluczenia w publicznych więzieniach siedzących”¹⁶⁹.

Inne uwagi na temat prawa

Zdarzało się także księdzu Bohuszowi zamieszczać w diariuszu uwagi o śladach prawa, które w czasach jego podróży odchodziło w przeszłość albo już nie obowiązywało, a także o odległych w czasie zdarzeniach z prawem mających związek.

¹⁶⁷ Ibidem, s. 150—151. Por. M. Klementowski: *Powszechna historia...*, s. 263—264; K. Koranyi: *Powszechna historia...*, T. 3..., s. 282; M. Sczaniecki: *Powszechna historia państwa i prawa*. Oprac. K. Sójka-Zielińska. Warszawa 1994, s. 243—244.

¹⁶⁸ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 185. W 1723 r. zamek w Grazu zwiedzał udający się do Rzymu na kapitułę generalną franciszkanin-reformatą Symforian Arakiełowicz. Odnotował w swym diariuszu, że w tym czasie „w zamku” przebywał „pewien szlachcic hiszpański na wieczne więzienia skazany przez cesarza”. Miał on „pewne mieszkanie wygodne”, ale był „zawsze pod strażą” (S. Arakiełowicz: *Itinerarium Romanum (1723). Podróż rzymska (1723)*. Wyd. B. Rok, tłum. D. Piwowarczyk. Kraków—Wrocław [2016], s. 70, zob. też oryginalny łaciński tekst diariusza — s. 11).

¹⁶⁹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 241—242. Zob. też podobne zapiski dotyczące Zamku Świętego Anioła zamieszczone w diariuszu innego polskiego duchownego, Jakuba Lanhausa: *Opis podróży...*, s. 161, 183—184, 304. Por. A. Sajkowski: *Włoskie przyczyny...*, s. 136—137.

Opisując rzymski kościół Santa Maria sopra Minerva, należący do klasztoru Dominikanów, dodaje, iż w gmachu konwentu „okropny sąd i wszystkim nienawistny inkwizycji odprawuje się co wtorek”¹⁷⁰. Zaraz jednak dodaje, że „ten trybunał” stracił „swoją powagę” i stał się „zupełnie prawie w Rzymie beczynnym”, zaś więzienia Świętej Inkwizycji „żelaznemi i dużemi kratami opatrzone [...] dzięki oświeconemu wiekowi i słodkiej papieżów pobożności są teraz puste”. Jednak autor *Dzienników podróży* uznał, że „dla ciekawości czytelnika” warto przypomnieć dzieje owej instytucji. Sięga zatem aż do starożytności, kiedy to uznawanie jakiejś nauki za niezgodną z wiarą i karanie herezyków należało do biskupów, opowiada o ustanowieniu w XIII stuleciu inkwizycji dla karania albigensów, o powierzeniu jej z czasem dominikanom, którym „dodano [...] potem franciszkana jednego uczonego, aby roztropnością swoją zbyt wielką gorącość gorliwości kolegów swoich wstrzymywał”. Píše też o ustanowieniu inkwizycji we Włoszech i zaznacza, że obecnie „trybunał ten inaczej S. Officium zowie się, do niego należy rozsądzenie zbrodni kacerstwa, żydostwa, mahometaństwa, czarodziejstwa, sodomii, wielożeństwa” oraz, że znajduje się on „tylko we Włoszech, w Hiszpanii i w Portugalii”. Dalej następuje opis organizacji Świętej Inkwizycji i zasad funkcjonowania jej trybunałów, odzwierciedlający głównie praktykę hiszpańską i portugalską. Autor diariusza wspomina zatem o mianowaniu „inkwizytora generalnego” przez króla Hiszpanii i zatwierdzaniu tej nominacji przez papieża, o osobach wchodzących w skład trybunałów, wreszcie o zasadach postępowania. Podkreśla tajność procesu inkwizycyjnego, szeroko rozpisuje się o publicznym ogłaszaniu wyroków, czyli *auto da fé* i towarzyszących mu ceremoniach, w końcu o oddawaniu więźniów, którzy zasłużyli na śmierć sędziom świeckim, do których formalnie należało osądzenie winowajcy na gardło (poprzez uduszenie i spalenie)¹⁷¹.

W *Dziennikach podróży* znalazły się również inne opowieści związane ze zwiedzanymi miejscami. Opisując katedrę św. Bawona w Gandawie,

¹⁷⁰ W każdym tygodniu Święte Officium odbywa jeszcze dwa inne posiedzenia — w pałacu inkwizycji i „w pałacu rezydencjonalnym papieskim” (F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 235).

¹⁷¹ Ibidem, s. 235—237. Opis zamyka krótka informacja o indeksie ksiąg zakazanych (ibidem, s. 237—238). Można by próbować sprawdzić wiarygodność erudycyjnych wywodów Bohusza na temat dziejów i działalności Świętej Inkwizycji (por. choćby uwagi Pawła Krasa o początkach *officium inquisitionis* zawarte w pracy „*Ad abolendam diversarum haeresium pravitatem*”. *System inkwizycyjny w średniowiecznej Europie*. Lublin 2006, s. 123—184 i *passim*, czy też zarys dziejów inkwizycji rzymskiej w XVI stuleciu pióra Lecha Szczuckiego we *Wprowadzeniu do Ph. Camerarius: Prawdziwa i wierna relacja o uwięzieniu w Rzymie*. Przeł. M. Szymański, oprac. L. Szczucki. Warszawa 1984, s. 16—115). Szczegółowa analiza wydaje się jednak zbędna — poza kilkoma zdaniem na wstępie nie mamy bowiem do czynienia z autentycznymi obserwacjami podróżnika, lecz przekazaniem ewentualnemu czytelnikowi porcji książkowej wiedzy. Warto natomiast zwrócić uwagę na surową, może nawet zbyt surową ocenę opisywanej instytucji, dokonaną co prawda przez duchownego, ale i zarazem człowieka Oświecenia.

F.K. Bohusz nie omieszkiał wspomnieć, że twórca pięknego mauzoleum został „złapany na grzechu sodomskim i żywo spalony”¹⁷².

W Rzymie odnotował raczej zmyśloną historię o artyście, który w Bazylice św. Piotra miał czynić „nieprzyzwoitości” z wyrzeźbioną przez siebie postacią „lubieżnej dziewczyny w wyszukanim zaniedbaniu leżącej [...] jako drugi Pigmalion, rozkochawszy się w swojej statui”. Choć powinien za to zostać skazany na karę śmierci, to jednak darowano mu ją, jako człowiekowi kardynała Carafy¹⁷³.

W Genui, opisawszy posąg pana Durazzo, uznał, że warto też przytoczyć związaną z nim legendę. Otóż, jako sędzia, „w niedostatku innego dowodu” uciekał się on bardzo często do tortur i na podstawie wymuszonych zeznań „bardzo wielu ludzi na gardło osądził”. Sumienie nie dawało mu jednak spokoju, wreszcie zaczął wątpić, czy zeznania złożone na torturach mogą stanowić wystarczającą podstawę do skazania oskarżonego. Postanowił zatem przeprowadzić eksperyment. Pod osłoną nocy pociął nogi swemu najlepszemu koniowi, a potem oskarżył o ów czyn stajennego. Ponieważ sługa nie chciał się dobrowolnie przyznać, sędzia oddał go na męki, na których „z bólu przyznał się do grzechu, którego nie był autorem”. Wówczas „Durazzo o niewinności stajennego przeświadczony, zalękniony razem, jak wielu niewinnie za tym jednym dowodem mógł na śmierć osądzić, zeznał publicznie, że sam to dla próby uczynił, stajennego dobrą dożywotnią opatrzył pensją”, po czym, „zaklinając się, że nie ma sprawiedliwości na świecie, księdzem został”¹⁷⁴.

Ksiądz Franciszek Ksawery oglądał także miejsca i urządzenia, w których dziś widzielibyśmy przedmiot zainteresowania archeologii prawnej. Zwiedzając praską katedrę św. Wita zwrócił na przykład uwagę na eksponowaną tam lampę, używaną do sądów bożych. W tej to lampie „przed kilkuset laty pałący się ogień w zachodzącym dwu stron sporze czyją rękę spalił, ten za winnego, czyją ochronił, za niewinnego był poczytanym”¹⁷⁵. Na Hradczanach oglądał też miejsce („ciemne i bardzo wąskie”) uwięzienia św. Jana Nepomucena¹⁷⁶. W Rzymie obejrzał z kolei Więzienie Mamertyńskie, „w którym za wiarę Piotr św. siedział i w którym na okrzeczenie nawróconych potrzebujący wody źródło cudownie uprosił”¹⁷⁷. Wydaje się jednak, że litewski duchowny pomieszczenia te traktował wyłącznie jako miejsca uświęcone obecnością męczenników, nie dostrzegał natomiast ich związków z obowiązującym niegdyś prawem. Z kolei jedynie jako ciekawostkę odnotował, iż w Wersalu obok Petit Trianon można obejrzeć miejsce nieudanego zamachu na króla Ludwika XV, pominął

¹⁷² F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 59.

¹⁷³ Ibidem, s. 223.

¹⁷⁴ Ibidem, s. 273—274.

¹⁷⁵ Ibidem, s. 20.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem, s. 247.

natomiast późniejszy proces i egzekucję nieszczęsnego zamachowca¹⁷⁸ — być może zresztą na tyle dobrze pamiętano jeszcze w Europie to wydarzenie, że nie trzeba się było o nim rozpisywać¹⁷⁹.

W podróży oświeconych nie powinno zabraknąć spotkań ze znakomitymi ludźmi¹⁸⁰. Ksiądz F.K. Bohusz też starał się poznawać wybitne jednostki — chlubił się na przykład tym, że w Paryżu spotkał się z Beniaminem Franklinem¹⁸¹. Wśród ludzi, z którymi peregrynant z Litwy zetknął się osobiście, była też postać znacząca w dziejach europejskiej nauki prawa. W Neapolu Bohusz poznał bowiem „bardzo dystyngowanego oświeconego i bardzo pocziwego człowieka nazwiskiem Filangieri”, autora „księgi bardzo rozumnej pisanej w prawodawstwie”. Nie wiadomo jednak, czy litewski duchowny i neapolitański ksiądz rozmawiali również na temat reform prawa i humanitaryzmu, autor diariusza ograniczył się bowiem tylko do charakterystyki swego interlokutora, którego postrzegał jako człowieka „słodkiego charakteru i ani uprzedzonego, ani zaciętego zdania”¹⁸².

Podsumowanie

Europejskie peregrynacje księdza Franciszka Ksawerego Bohusza zaliczyć należy do charakterystycznych dla epoki Oświecenia podróży naukowych podejmowanych przez intelektualistów, choć autora *Dzienników podróży* postrzegalibyśmy pewnie bardziej jako uczonego-amatora (w dawnym, pozytywnym tego słowa znaczeniu) niż jako uczonego zawodowego¹⁸³. Niewątpliwie po-

¹⁷⁸ Ibidem, s. 146. O przerażającej kaźni niedoszłego królobójcy zob. choćby M. Foucault: *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*. Przeł. T. Komendant. Warszawa 1993, s. 7—9.

¹⁷⁹ Por. mimochodem uczynioną wzmiankę o zamachu w diariuszu Teofili Konstancji z Radziwiłłów Morawskiej: „król nigdy nie mieszka w Paryżu [...] i tak rzadko w nim bywa, że po pchnięciu przez Damiensa raz tam tylko był widzianym” (*Diariusz podróży europejskiej w latach 1773—1774*. Wyd. B. Rok. Wrocław 2002, s. 67—68). Mimo upływu kilkunastu lat od zdarzenia autorka traktuje je jako powszechnie znane i nie wymagające wyjaśnień.

¹⁸⁰ Poszukiwanie tego typu kontaktów było zresztą widoczne już we wcześniejszych stuleciach — zob. A. Mączak: *Peregrynacje...*, s. 139—144; Idem: *Życie codzienne...*, s. 210—213, a także 226—227.

¹⁸¹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 152.

¹⁸² Ibidem, s. 215. Por. H. Barycz: *Podróże polskie do Neapolu w XIV—XVIII wieku*. W: Idem: *Spojrzenia w przeszłość polsko-włoską*. Wrocław—Warszawa—Kraków 1965, s. 131—132; F. Wolański: *Ludzie nauki na szlakach podróży po Europie Ksawerego Franciszka Bohusza*. W: *Staropolskie podróżowanie*. Red. B. Rok i F. Wolański. Kraków—Wrocław [2016]; *Peregrinationes Sarmatorum*, vol. VI, s. 355—356.

¹⁸³ Por. A. Mączak: *Peregrynacje...*, s. 145.

droże te podejmowane były dla przyjemności, ale przyjemności specyficznej, płynącej z poznania, ze zdobywania wiedzy. Oprócz relacji o nieuniknionych w każdej podróży nieplanowanych zdarzeniach i przypadkowo poczynionych spostrzeżeniach w diariuszu księdza Franciszka Ksawerego znalazły się opisy problemów społecznych, gospodarczych czy też instytucji ustrojowych i prawnych, z którymi peregrynant chciał się dokładnie zapoznać, a nawet połączyć obserwacje ze swego rodzaju dociekaniem naukowymi. Bardzo owocny był pod tym względem pobyt w Anglii — na kartach dziennika zapisano mnóstwo informacji o zasługujących na uwagę budowlach, muzeach, społeczeństwie i jego obyczajach, ustroju państwa i prawie sądowym, wielkich kompaniach handlowych itp.¹⁸⁴. Przypomnijmy też wyjazd w okolice Rzymu w celu poznania zasad, na których oparta była gospodarka rolna w Państwie Kościelnym.

Owo naukowe podejście widoczne jest również w odpowiedniej selekcji zwiedzanych obiektów. Jedną z największych atrakcji turystycznych wulkanicznej krainy w pobliżu Neapolu była słynna psia grotta i przeprowadzane w niej eksperymenty polegające na wrzucaniu psa do jaskini, obserwowaniu jak zatruty wypełniającymi jej wnętrza wyziewami zdycha i jak, odpowiednio szybko wyciągnięty i wrzucony do jeziora, ożywa¹⁸⁵. F.K. Bohusz, choć dotarł do Pozzuoli i opisał warte zwiedzenia miejsca w mieście i jego okolicach, to jednak stwierdził, że „groty sobaczej, w której ekshalacje ziemne nie tylko psy, bydłeta i płazy, ale i samych ludzi w kilka minut zabijają widzieć ciekawości” nie miał¹⁸⁶. Tanie turystyczne atrakcje najwyraźniej go nie interesowały¹⁸⁷.

Starał się też nasz podróżnik ostrożnie i sceptycznie podchodzić do tego, co widział i co mu opowiadano¹⁸⁸, aczkolwiek zdarzało się, że sceptycyzm ten zawodził. Gdy w Brukseli pokazywano mu rzekome potomstwo „królika

¹⁸⁴ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 60—126.

¹⁸⁵ H. Barycz: *Podróże polskie do Neapolu...*, s. 111—112; A. Mączak: *Życie codzienne...*, s. 293. Por. też szczegółowe informacje dotyczące psiej groty zawarte w popularnym siedemnastowiecznym przewodniku (*Delicje ziemie włoskiej*. Oprac. W. Kordyzon, A. Wiczorek. Warszawa—Kraków 2017, s. 264). Zob. również *Anonima diariusz peregrynacji włoskiej, hiszpańskiej, portugalskiej (1595)*. Wyd. J. Czubek. „Archiwum do Dziejów Literatury i Oświaty w Polsce”, T. 1 (og. zbioru t. XVI), nr 1. Kraków 1925, s. 40; J. Sobieski: *Peregrynacja...*, s. 205; *Diariusz Jasia Ługowskiego*. Tłum. J. Sękowski. W: *Jasia Ługowskiego podróże do szkół w cudzych krajach 1639—1643*. Oprac. K. Muszyńska. Warszawa 1974, s. 395; T. K. z Radziwiłłów Morawska: *Diariusz podróży...*, s. 188.

¹⁸⁶ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 208.

¹⁸⁷ Henryk Barycz w takim podejściu dostrzega raczej przejaw niewielkiego zainteresowania F.K. Bohusza zjawiskami przyrody. Litewski duchowny nie tylko nie interesował się psią grota, ale nie widział też potrzeby obejrzenia krateru Wezuwiusza (*Podróże polskie do Neapolu...*, s. 131).

¹⁸⁸ Na sceptycyzm ten zwraca uwagę I. Turowska-Bar: *Franciszka Ksawerego Bohusza „Diariusz...”*, s. 343.

i kokoszy”, miał spore wątpliwości, czy to nie jest aby „bajka skomponowana tylko na oszukanie cudzoziemców”¹⁸⁹. Jednak gdy owe „kury z królika i kokoszy splodzone, zamiast pierza sierść mające” zobaczył raz jeszcze w jednym z muzeów angielskich, doszedł do wniosku, że to „musi być prawda” i że niesłusznie wcześniej temu „wiary [...] nie dawał”¹⁹⁰. Ksiądz Franciszek Ksawery był też głęboko przekonany, że istnieją syreny, czyli „morscy ludzie i morskie niewiasty”¹⁹¹.

Franciszek Ksawery Bohusz był niewątpliwie człowiekiem o szerokich horyzontach, prawo sądowe było zatem tylko jednym z obszarów jego zainteresowań, niemniej poznawanie rozmaitych jego instytucji stanowiło ważny element jego zagranicznych podróży. Poczynione przez byłego jezuitę obserwacje mają jednak bardzo zróżnicowany charakter. W niektórych ze zwiedzanych krajów podróżnik zwracał szczególną uwagę na miejscowe urządzenia prawne. Starzał się wówczas o w miarę wszechstronne omówienie albo całej gałęzi prawa (tak było w przypadku angielskiego prawa procesowego czy też tamtejszego prawa małżeńskiego), albo wybranych, zasługujących na szczególną uwagę instytucji — stąd mamy w diariuszu dość szczegółowe omówienie weneckich przepisów prawa spadkowego dotyczących zakonników, informacje o funkcjonowaniu inkwizytorów Republiki Świętego Marka, czy też opisy londyńskich zwyczajów związanych z wykonywaniem kary śmierci oraz amsterdamskiego domu poprawy. Kiedy indziej autor *Dzienników podróży* poświęca prawu sporo miejsca, jednak widzimy, że to nie ono znajduje się w centrum uwagi. Podróżnika interesują bowiem w tych wypadkach przede wszystkim kwestie ekonomiczne, społeczne, a prawo pojawia się tylko jako dodatkowy, choć niezbędny element rozważań. W ten sposób ksiądz Bohusz dotyka zwłaszcza różnych instytucji prawa cywilnego; przypomnijmy choćby jego uwagi o położeniu dzierżawców w różnych regionach Włoch, gdzie uregulowania prawne jawią się jako przyczyna pozytywnie albo negatywnie ocenianych stosunków agrarnych. Wreszcie w wielu miejscach *Dzienników podróży* pojawiają się krótsze lub dłuższe wzmianki poświęcone konkretnym zwyczajom prawnym i szczegółowym regulacjom, zwłaszcza tym, które były charakterystyczne dla danego kraju czy też miasta. W takich przypadkach oświecony badacz zda się przeobrażać w zwykłego, zbierającego ciekawostki turystę. Możliwe jest jednak, że naszemu podróżnikowi po prostu brakowało czasu, by dokładniej przyjrzeć się

¹⁸⁹ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 58—59.

¹⁹⁰ *Ibidem*, s. 109.

¹⁹¹ „Rezydencja ich jest i siedlisko na Morzu Norweskim. Nie żeby to byli w samej rzeczy ludzie albo niewiasty, ale mają tyle do ludzi podobieństwa, ile małpa”. Dalej następuje dokładny opis wyglądu owych „morskich ludzi”, po czym Bohusz stwierdza, że choć „wolno nie wierzyć bajecznym powieściom o syrenach i ich śpiewaniu albo historiom norweskim o przemyśle i rozumie mniemanym” tych istot, „jednak byt i opisanie ich [...] nadto przez wędrowników autentycznie jest dowiedzione, a żeby rozumnie wątpić o tem można było” (*ibidem*, s. 39).

miejscowym urządzeniom prawnym, albo też uznawał je za mało interesujące i niegodne szczegółowego badania.

We wstępnym słowach swego diariusza ksiądz Franciszek Ksawery Bohusz zaznaczył, że w przeciwieństwie do innych autorów relacji z podróży¹⁹² będzie opisywał tylko to, na co sam „patrzył”, a jeżeli zdarzy mu się zamieścić w dzienniku coś zasłyszanego — lojalnie o tym uprzedzi¹⁹³. Wydaje się jednak, że nasz podróżnik nie zawsze stosował się do deklarowanych zasad. W niektórych partiach diariusza z pewnością nie ograniczył się do odnotowania osobiście poczynionych obserwacji, lecz, nie informując o tym czytelnika, uzupełniał je wiadomościami pozyskanymi od miejscowych informatörów i wzbogacał o wiedzę zaczerpniętą z książek (co być może czynił już po powrocie do kraju, może nawet w czasie przygotowywania ostatecznej wersji *Dzienników podróży*)¹⁹⁴. Wydaje się zresztą mało prawdopodobne, by niezbyt długie pobyty pozwalały na samodzielne zebranie wszystkich zawartych w diariuszu informacji.

Prawdopodobnie jest to kolejna przyczyna nierównomiernego potraktowania rozmaitych zagadnień wiążących się z prawem. Tam, gdzie autor diariusza dysponował dodatkowymi materiałami, mógł sobie pozwolić na kompleksowe opracowanie, kiedy indziej musiał poprzestawać na skromniejszych, własnych obserwacjach lub tym, co mu zdążono na miejscu powiedzieć.

Erudycyjne wywody świadczą niewątpliwie o odczytaniu autora i jego sporej wiedzy o prawach Anglii, szczególnych urządzeniach prawnych Wenecji czy dziejach kościelnej inkwizycji. Korzystanie z danych zawartych w opracowaniach przestarzałych albo z premedytacją nieuwzględniających zmian w ustawodawstwie i praktyce sprawiło jednak, że diariusz w niektórych miejscach przestaje być wierną relacją z podróży, a w dodatku znalazły się w nim informacje o instytucjach, które w czasie podróży Bohusza odeszły już do historii¹⁹⁵.

F.K. Bohusz zawarł w swych *Dziennikach podróży* sporo ciekawych spostrzeżeń, choć z pewnością w wielu miejscach nie są one wolne od uproszczeń i nieściśłości¹⁹⁶. Zamieszczone w diariuszu uwagi na temat prawa sądowego

¹⁹² Bohusz zarzuca owym autorom, że „najczęściej nie to, co własnymi oczyma widzieli, ale to, co częstokroć od ludzi równie źle informowanych słyszeli, nam napisali, że się często imaginacji swojej powodować dając, co innego widzieli od tego, na co patrzali, na koniec, że z innej strony na tę samą rzecz patrząc, ona im się inaczej wydawała” (ibidem, s. 5).

¹⁹³ Ibidem, s. 5.

¹⁹⁴ Było to w tych czasach powszechnie praktykowane — por. A. Mączak: *Peregrynacje...*, s. 152—155.

¹⁹⁵ Ponieważ jednak nie jesteśmy w stanie precyzyjnie oddzielić tego, co Bohusz widział osobiście, od tego, co wyczytał w książkach, nie możemy wykluczyć, że niektóre, wydawałoby się, zniesione urządzenia prawne, faktycznie jeszcze się utrzymywały i że podróżnik zaznajomił się z nimi bacznie obserwując praktykę.

¹⁹⁶ Sporo takich nieściśłości zauważyliśmy w wyjątkowo obszernym opisie instytucji prawa angielskiego. Trudno byłoby jednak oczekiwać, by przybywszy z kontynentu, przyzwyczajony

zwiedzanych krajów to przede wszystkim spokojne relacje, opisy instytucji systemów prawnych. Od czasu do czasu pojawiają się jednak i oceny. Przypomnijmy: nie podobały się Bohuszowi rozwiązania angielskiego prawa opiekuńczego, zasady przyznawania posagów ubogim dziewczętom w Rzymie, przepisy dotyczące dzierżawy gruntów w okolicach Wiecznego Miasta. Nie pochwałał też zaobserwowanego w Anglii przerzucania ścigania przestępców na społeczeństwo, zżymał się na nienależyte wypełnianie obowiązków przez tamtejszych sędziów pokoju, zauważał okrutny sposób traktowania więźniów w domu poprawy w Mannheim.

Nie dziwi nas uznanie dla angielskiego *Habeas Corpus Act* zawarte w stwierdzeniu, iż „nie ma kraju, gdzie by osobista wolność obywatelska lepiej obwarowana była”¹⁹⁷, ani też zdecydowane potępienie przysługującego władcom Francji prawa osadzenia poddanego w więzieniu bez procesu i wyroku. W niektórych przypadkach oceny formułowane przez Bohusza wydają się jednak odbiegać od ducha epoki. Jak pamiętamy, podobało mu się pozostawienie lombardzkim właścicielom ziemskim pełnej swobody w postępowaniu wobec swych dzierżawców — być może dawała tu o sobie znać niechęć polskiego szlachcica do wszelkiej ingerencji państwa w stosunki między panem a chłopem. Nie do końca zrozumiałe są też pozytywne raczej oceny odnoszące się do weneckich inkwizytorów, których kompetencje wyraźnie godziły w dopiero co wspomnianą wolność obywatelską. Niewykluczone, że w tym wypadku podróżnik próbował spojrzeć na surowe prawa Serenissimy przez pryzmat interesów państwa, a nie weneckiej szlachty.

Odnajdziemy w diariuszu również bardziej ogólne oceny. Rzuci się w oczy przede wszystkim zachwyty nad prawem angielskim, którego nie są w stanie podważyć krytyczne uwagi wypowiedziane pod adresem niektórych jego rozwiązań. Wydaje się zresztą, że zachwyty ów przeszkadza autorowi *Dzienników podróży* w obiektywnym spojrzeniu, zwłaszcza na przedstawiane w samych superlatywach angielskie postępowanie karne. Dla Bohusza Anglia to jednak państwo idealne, w którym wszystko musi być najlepsze. Nie tylko zatem nie ma kraju „na świecie, gdzie by wolność, bezpieczeństwo osób i majątku obywatelowi lepiej rozumiane, jaśniej opisane i mocniej ugruntowane były”¹⁹⁸, ale też na całym świecie nie ma „poczty takiej jak w Anglii [...], to jest gdzie by prędzej i wygodniej jeżdżono”¹⁹⁹. Podziw dla angielskich urządzeń prawnych był więc niewątpliwie w dużej mierze przejawem typowej dla epoki anglo-manii. Natomiast w innych ogólniejszych wypowiedziach na temat systemów prawnych doszukiwalibyśmy się raczej stereotypów. Tak zapewne było w przy-

do innego rozumowania prawniczego był w stanie podczas krótkiego pobytu w Anglii pojąć wszystkie subtelności tamtejszego systemu prawnego.

¹⁹⁷ F.K. Bohusz: *Dzienniki*, s. 89.

¹⁹⁸ *Ibidem*, s. 81.

¹⁹⁹ *Ibidem*, s. 67.

padku negatywnej oceny rzymskich procedur sądowych, a także funkcjonowania sądów w Szwajcarii.

Wydaje się zatem, że w obserwacjach dotyczących prawa w obcych krajach nie zawsze udawało się księdzu Franciszkowi Ksaweremu zachować ostrożność i obiektywizm oświeconego badacza — podobnie jak nie udało się to w przypadku wspomnianych syren i kur skrzyżowanych z królikami.

I jeszcze jedna uwaga. W rozważaniach Bohusza na temat ustrojów zwiedzanych państw da się zauważyć nawiązywanie do problemów, z którymi borykała się ówczesna Rzeczpospolita, a niektóre opisy można odczytać jako przestrogi dla Polski albo przykłady rozwiązań, które można by na grunt polski przeszczepić²⁰⁰. W przypadku uwag o prawie sądowym jedynym wyraźnym nawiązaniem do praw obowiązujących w ojczyźnie podróżnika jest dość częste używanie polskiej terminologii. Nie można oczywiście wykluczyć, że zawarte w dziariuszu informacje o obcych regulacjach prawnych miały służyć rodakom Bohusza jako pozytywne lub negatywne przykłady, jeśli jednak tak było, to autor *Dzienników podróży* wyciąganie wniosków pozostawiał czytelnikowi.

²⁰⁰ Szerzej na ten temat — M. Mikołajczyk: *Franciszek Ksawery Bohusz o ustroju Anglii...*, s. 571, 586—587.

Marian Mikołajczyk

Die von Franciszek Ksawery Bohusz während seiner Europareise gemachten Bemerkungen zum gerichtlichen Recht

Schlüsselwörter: Reisen, Zivilrecht, Strafrecht, Gerichtsverfahren, Strafvollstreckung, Rechtsgeschichte

Zusammenfassung: Franciszek Ksawery Bohusz (1746—1820), Jesuit und nach der Auflösung des Jesuitenordens diözesaner Priester, war ein gebildeter Mensch, der Philosophie, Theologie und Rechtswissenschaft studierte. In den Jahren 1777—1778 und 1781—1782 machte er zahlreiche Auslandsreisen, u.a. nach Tschechien, Deutschland, Frankreich, England, Österreich, Italien und in die Schweiz. Es waren typische Reisen eines Intellektuellen in der Epoche der Aufklärung. Ksawery Bohusz bemühte sich nicht nur sehenswürdig Gebäude zu bewundern, Museen und Bibliotheken zu besuchen, sondern auch politische Staatsform sowie gesellschaftliche und wirtschaftliche Beziehungen in den zu besuchten Ländern kennenzulernen. Diese Beobachtungen zeichnete er peinlich genau in seinen Reisetagebüchern auf, die erst nach seiner Heimkehr letztendlich redigiert wurden. In den Reisetagebüchern befinden sich mehrere Bemerkungen über Zivil-, Straf- und besonders Prozessrecht. Der Reisende interessierte sich außerdem für Strafvollstreckung und gewohnheitsmäßigen Strafvollzug.

Die in Reisetagebüchern enthaltenen und das Recht betreffenden Informationen haben einen sehr unterschiedlichen Charakter. Man findet hier umfassende und ganzheitliche Darstellung der ganzen Rechtsgebiete, häufiger sind es aber kurze Notizen über ausgewählte, besonders bemerk-

kenswerte Rechtsinstitutionen. Der Autor bemüht sich, die auf der Reise getroffenen Rechtsmittel einigermaßen objektiv, obwohl auch nicht immer erfolgreich, zu schildern. Erwähnenswert ist dabei die Erörterung des englischen Rechtes, das zwar besonders eingehend beschrieben, oft voll unbegründeten Loben ist. Sehr stereotyp und zu scharf dagegen werden von Bohusz andere Rechtssysteme (z.B. das schweizerische) behandelt.

Die Darstellung von Institutionen des gerichtlichen Rechtes in den vom Priester Franciszek Ksawery Bohusz besuchten Ländern bedarf aber noch tiefgründiger Analyse.

Marian Mikołajczyk

Franciszek Ksawery Bohusz's Remarks on Court Law Made during His Travels around Europe

Keywords: travels, civil law, criminal law, court proceedings, administration of punishments, history of law

Summary: Franciszek Ksawery Bohusz (1746—1820), Jesuit and diocese priest after the dissolution of the monastery, was a man educated in philosophy, theology, and law. Between 1777—1778 and 1781—1782, he made long journeys abroad, during which he got to know Czechia, Germany, France, England, Austria, Italy, and Switzerland. These were the journeys of an intellectual, typical of the period of Enlightenment. Not only did he admire edifices worthy of interest, visit museums and libraries, but he also tried to gain knowledge of the political regimes, social and economic relations in the visited countries. His observations were diligently noted down in travel journals and finally edited upon his return to the country. A lot of comments concern court law: civil and criminal, particularly procedural law. The traveler was also interested in the administration of punishments.

The references to law vary from extensive, comprehensive discussions of whole branches of law to prevailing brief mentions of particularly interesting legal institutions. The author attempts to offer a possible objective view of legal solutions he became familiar with, yet, does not always fully succeed. It is worth noting his commentaries on English law, which are not only exceptionally extensive, but also filled with not always well-justified praise. On the other hand, his evaluations of other legal systems, for instance Swiss, seem to be rather harsh and stereotypical.

Nevertheless, Franciszek Ksawery Bohusz's observations on court law in the visited countries deserve a thorough analysis since they let us assess their accuracy and the degree to which some foreign legal solutions found appreciation in his eyes.

KAMIL KORN
Heidelberg

Recht und Auslegung bei Bernhard Windscheid

I. Einleitung

Bernhard Windscheid (1817—1892) ist für die Jurisprudenz ein Symbol. Sein Namen steht für die Pandektenwissenschaft, den Positivismus und die Begriffsjurisprudenz. Er gehört nicht zu den Gründern dieser Strömungen, aber in seinen Werken sollten sie zu ihren reinsten, zugespitzten Formen gebracht worden sein.¹ Dieses eindeutige Bild von Windscheid herrschte lange Zeit vor und ist noch heute weit verbreitet.² In neuerer Zeit wird es — unter Verweis

¹ P. Oertmann: *Bernhard Windscheid: Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Leipzig 1904, S. XXVI: [über das Pandektenlehrbuch von Windscheid] „Aber sonst — die abstrakte Haltung zugegeben, ist das Buch auch in der Form ein Meisterwerk: kristallklar in Sprache und Gedanken, durchsichtig, messerscharf in der Begründung und Konstruktion; an einen Papinian erinnernd in der Meisterschaft, mit den denkbar knappsten Worten den reichsten Inhalt wiederzugeben.“

² Beispielsweise: F. Ebel, G. Thielemann: *Rechtsgeschichte. Von der römischen Antike bis zur Neuzeit*. Heidelberg 2003, S. 355: „Als klassischer Vertreter der sog. Pandektenwissenschaft in ihrer Endphase, eben Rechtspositivismus, der dann vom Gesetzespositivismus im Gefolge des BGB abgelöst wurde, und methodisch als Paradebeispiel für die sog. Begriffsjurisprudenz, die die herrschende Auslegungslehre zur Zeit der Abfassung von BGB war, gilt Bernhard Windscheid.“; E. Wolf: *Große Rechtsdenker der deutschen Rechtsgeschichte*. Tübingen 1963, S. 595: „Er [Bernhard Windscheid] typisiert den deutschen Rechtspositivismus wie kein anderer, obwohl er kein Gründer, sondern ein bewahrender Geist, auch kein Schulhaupt, sondern ein „primus inter pares“ war.“; P. Oertmann: *Bernhard Windscheid: Gesammelte Reden...*, S. XXXII: „Er [Bernhard Windscheid] war weniger Bahnbrecher einer neuer Entwicklungsstufe einer Wissenschaft als Ausführer und Vollender einer bereits vorhandenen [...]“; siehe auch

auf eine vermittelnde und sich einer einfachen Einordnung entziehende Ausrichtung seiner Position — zum Teil revidiert.³ In dieser Skizze werden seine Ansichten über Recht und Rechtsauslegung dargestellt und untersucht. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Frage, ob seine Ansichten zum genannten Themenkomplex für das traditionelle oder das neuere, nuancierte Bild von Windscheid als Wissenschaftler sprechen.

II. Allgemeine Ansichten über Recht und Rechtswissenschaft

1. Recht

Das Recht ist für Windscheid, dem rechtspositivistischen Standpunkt entsprechend, „kein absolutes Recht“.⁴ Allerdings sei auch irdisches Recht „mehr als Spreu, mehr als ein Hauch, den der Wind verweht“.⁵ — „Das erscheinende Recht ist überall Ausdruck des geistigen und sittlichen Seins der Nation, welche es geschaffen hat. Und wie im geistigen und sittlichen Sein der Nationen gibt es Wandel und Fortschritt, so gibt es Wandel und Fortschritt im Rechte“.⁶ Der hier zum Ausdruck kommende optimistische Fortschrittsglaube erinnert an den philosophischen Positivismus, der sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf alle Wissenschaften auswirkte. Aus der zitierten Aussage Windscheids wird außerdem deutlich, dass ihm das dem Rechtspositivismus nicht selten zugeschriebene Bild des Rechts als einer Menge nach Belieben des Gesetzgebers aufgestellten Rechtssätze, die jederzeit durch andere genauso beliebig gesetzte Rechtssätze ersetzt werden können, fremd war. Die Auffassung des Rechts als „Ausdruck des geistigen und sittlichen Seins der Nation“ scheint sogar eine gewisse Verwandtschaft mit der Theorie vom organisch aus dem

J. Rückert: *Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid (1817—1892)*. In: *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*. Hrsg. J. Rückert, R. Seinecke. Baden-Baden 2017, S. 121 ff. m.w.N.

³ S. Meder: *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*. Köln—Weimar—Wien 2011, S. 328: „Insgesamt ist festzuhalten: Windscheid war weder Begriffsjurist noch Formalist oder Positivist; er war aber auch kein Zweckjurist, Interessenjurist oder Freirechtler.“; J. Rückert: *Methode und Zivilrecht...*, S. 122—124 und 146—148.

⁴ B. Windscheid: *Recht und Rechtswissenschaft*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Hrsg. P. Oertmann. Leipzig 1904, S. 9.

⁵ *Ibidem*, S. 10

⁶ B. Windscheid: *Rede an die Studierenden (München 1867)*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 57—58.

Volksgeiste herauswachsenden Recht, die von der historischen Rechtsschule vertreten wurde, aufzuzeigen.

Das Ideal des Rechts ist für Windscheid das billige Recht.⁷ Die Unmöglichkeit seiner Verwirklichung gehe jedoch schon aus dem Wesen des Rechts hervor, das als Regel auftreten müsse, und deshalb nicht jedem einzelnen Fall gerecht werden könne. Als billig wird das Recht aufgefasst, das die von ihm ordernden Verhältnisse vollständig deckt — d.h. durch welches Anerkennung findet, was Anspruch auf Geltung hat. Was das konkret ist, gehe aus dem wandelbaren Rechtsbewusstsein des Volkes hervor.⁸

Römisches Recht preiste Windscheid als lebensnah, klar und frei von jeder falscher Abstraktion.⁹ Die Zukunft sah er in der Schaffung des nationalen Rechts unter Zuhilfenahme des römischen Rechts.¹⁰ Aus diesem Grunde war er Anhänger der sog. Reinigung des römischen Rechts, zu der er auch viel beigetragen hat.¹¹

2. Rechtswissenschaft

In der Rechtswissenschaft sah Windscheid eine praktische Wissenschaft¹², die keinen Bruch zwischen Theorie und Praxis zulassen soll.¹³ Aus diesem Grund sei ihr eine philosophische Ergründung der Rechtsbegriffe nur so weit gestattet, wie diese als Mittel zum Zweck der Rechtsanwendung angesehen werden kann. Es komme häufig vor, dass ohne Rückgriff auf allgemeine Begriffe kein sicheres Resultat der Untersuchung von speziellen Punkten erzielt werden könne.¹⁴ Dementsprechend habe auch die Rechtsgeschichte für die Jurisprudenz nur Bedeutung, wenn sie zur Erkenntnis des anzuwendenden Rechts beiträgt.

In der Erkenntnis des anzuwendenden Rechts erschöpfe sich die Rechtswissenschaft jedoch nicht, ihr komme auch bei der Gesetzgebung eine wichtige Aufgabe zu. In diesem Zusammenhang äußerte Windscheid einen Satz, der ihn scharfer Kritik aussetzte¹⁵: „Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte; sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen

⁷ B. Windscheid: *Recht und...*, S.10: „Nur das billige Recht ist das wahre Recht.“

⁸ *Ibidem*, S. 10—11.

⁹ *Ibidem*, S. 21.

¹⁰ *Ibidem*, S. 18.

¹¹ J. Ober: *Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts*. Köln 1989, S. 3.

¹² B. Windscheid: *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Leipziger Rektoratsrede 1884)*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 106.

¹³ *Idem*: *Das römische Recht in Deutschland (Vortrag Braunschweig 1858)*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 26.

¹⁴ *Idem*: *Die Aufgaben...*, S. 104.

¹⁵ S. Meder: *Rechtsgeschichte...*, S. 322.

Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind.“¹⁶ Scharfe Vorwürfe „die tieferen komplexeren Grundlagen des Rechts“¹⁷ zu missachten, was für seine Richtung charakteristisch wäre, sind aber unbegründet. Es ist offensichtlich, dass die Rolle der Juristen bei der Gesetzgebung nicht alles umfassen kann. Da das Recht in modernen Staaten fast alle Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens regelt, kann man von Juristen nicht erwarten, dass sie alle wissenschaftlichen Disziplinen, die diese verschiedenen Bereiche zum Gegenstand haben, hinreichend kennen, um alle erforderlichen Regeln für das ganze gesellschaftliche Zusammenleben selbständig erarbeiten zu können. Juristen, wenn sie ihre Aufgabe ernst nehmen, sind hier auf die Zusammenarbeit mit Vertretern anderer Wissenschaften angewiesen. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich Windscheid „der tieferen und komplexeren Grundlagen des Rechts“ wie wenige in seinem Zeitalter bewusst war. Ohne dem Juristen die Allmächtigkeit zuzumessen, billigt er ihm trotzdem eine sehr wichtige gesellschaftliche Rolle zu. Das wird insbesondere aus seiner pathetischen Aussage, dass der Jurist „für die höchsten Güter der Menschheit arbeitet, dass er ein Priester ist, ein Verwalter göttlicher Dinge“, deutlich.¹⁸

Die Sache des Richters ist es laut Windscheid, das Recht anzuwenden und „die Billigkeit ist eben nicht Recht“.¹⁹ Wenn es möglich wäre, Urteile allein nach Billigkeit zu fällen, würde das bedeuten, dass der Richter Entscheidungen nach seinem subjektiven Ermessen treffen könnte. Das dürfe er aber nicht tun. Trotzdem glaubt Windscheid, dass das Billigkeitsgefühl des Richters in den meisten Fällen dank „genauer Erforschung des wahren Gehalts des positiven Rechts“ mit Hilfe von Auslegungsmitteln befriedigt werden kann.²⁰ Nach Windscheid müssen Urteile auf dem positiven Recht basieren, damit sich ihre Richtigkeit wissenschaftlich und somit objektiv überprüfen lässt. An diesem Grundsatz sei immer festzuhalten, auch wenn es in Einzelfällen zu Verletzungen des Billigkeitsgefühls kommen kann²¹: „Und es kann sogar eine Art von stolzer Freude erregen, wenn in dieser Weise die Majestät des Rechts sich selbst im Unrechte bewährt.“²²

Die allgemeine Auffassung Windscheids über das Recht und die Jurisprudenz lässt sich unter den rechtswissenschaftlichen Positivismus subsumieren. Dem windscheidschen Rechtspositivismus lag die Ansicht zugrunde, dass man „die Rechtssätze und ihre Anwendung ausschließlich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft ableitet, ohne außerjuristischen, etwa religiösen, sozialen oder wissenschaftlichen Wertungen und Zwecken rechts-

¹⁶ B. Windscheid: *Die Aufgaben...*, S. 115.

¹⁷ Esser zitiert nach S. Meder: *Rechtsgeschichte...*, S. 322.

¹⁸ B. Windscheid: *Recht und...*, S. 6.

¹⁹ Idem: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I. Frankfurt am Main, 8. Aufl. 1901, S. 102.

²⁰ Ibidem, S. 103.

²¹ B. Windscheid: *Recht und...*, S.11.

²² Ibidem, S. 12.

erzeugende oder rechtsändernde Kraft zuzugestehen²³. Diese Auffassung zielt darauf ab, es zu unterbinden, dass die Jurisprudenz und die Justiz zum bloßen Werkzeug zur Durchsetzung von Interessen und Anschauungen der in einem gegebenen historischen Moment vorherrschenden Gesellschaftsgruppen oder politischen Parteien gemacht wird. Nur eine autonome, unabhängige Rechtswissenschaft kann ihrer Aufgabe, unbefangene und objektiv begründete Urteile zu erlassen — die dank dieser Eigenschaften den Anspruch haben, von allen gefolgt zu werden — gerecht werden. Dies bedeutet aber nicht, dass das Recht und die Jurisprudenz in Bezug auf Sittlichkeit und Moral keine Aufgabe zu erfüllen hätten. Und es war wenigen so bewusst wie Bernhard Windscheid, der „im letzten Abendrot der geistigen Welt Kants und der Kultur der Goethezeit lebte“.²⁴ Das wird etwa aus folgendem Satz aus einer Rede Windscheids deutlich: „So ist es das Recht, welches der sittlichen Weltordnung den Boden bereitet, ihre Verwirklichung erst möglich macht“.²⁵ Die Sache des Rechts sei es also, den Menschen Freiheitsspielräume zu gewähren, damit sie ihrem Willen gemäß leben können, was wiederum die Voraussetzung für das Streben nach Sittlichkeit und Fortschritt bilde: „Die höchsten Ziele der Menschheit werden nur durch freien Aufschwung der Kräfte erreicht; aber dieser Aufschwung wäre nicht möglich ohne das Recht. Das Recht ist es, welches den Boden bereitet für alle menschliche Kultur“.²⁶ Dieser Auffassung folgend versteht sich das Moralische im Recht von selbst.

3. Rechtsquellenlehre

Im Pandektenlehrbuch werden zwei Rechtsquellen genannt — das Gesetz und das Gewohnheitsrecht. Das Gesetz wird als „der Anspruch des Staates, daß etwas Recht sein soll“²⁷ verstanden. Zwei Voraussetzungen müssen laut Windscheid für die Wirksamkeit von Gesetzen vorliegen: Eine befugte Person oder ein befugtes Organ müssen es erlassen und bekanntgemacht haben. Bestreitet eine Partei vor Gericht die Geltung eines Gesetzes, solle der Richter von Amts wegen seine Gültigkeit überprüfen, so dass allgemeine Regeln der Beweisführung keine Anwendung fänden.

Das Gewohnheitsrecht definiert Windscheid als „dasjenige Recht, welches ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, tatsächlich geübt wird“²⁸. Der Grund der Übung sei die „Überzeugung von Übenden, daß das, was sie üben, Recht

²³ F. Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen 1967, S. 431.

²⁴ E. Wolf: *Große Rechtsdenker...*, S. 591.

²⁵ B. Windscheid: *Recht und...*, S. 6.

²⁶ Idem: *Die Aufgaben...*, S. 102.

²⁷ Idem: *Lehrbuch...*, S. 59.

²⁸ Ibidem, S. 63—64.

sei“²⁹. Diese Überzeugung bilde die Grundlage der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts.³⁰ Die Übung müsse dauerhaft, gleichförmig und auf wahrer und nicht durch Irrtum verursachter Überzeugung der rechtlichen Notwendigkeit beruhen. Außerdem solle die Übung der partikularen Gesellschaftsgruppen nicht „mit Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung“ widerstreiten.³¹ Neben der Übung des Volkes erkennt Windscheid auch die Übung der Juristen, welche sich im Gerichtsgebrauch — Urteilen und Rechtsgutachten offenbart, an. Hier würden Mitglieder des Juristenstandes als „natürliche Vertreter der Gesamtheit“ wirken.³² Auf diese Weise entstehe ein „neu erzeugtes Recht“³³, das von Rechtssätzen, die durch wissenschaftliche Behandlung des vorhandenen Rechts gefunden werden, zu unterscheiden sei. Diese Rechtssätze seien kein neues, sondern lediglich ein aufgedecktes Recht, dessen Richtigkeit von der Richtigkeit der wissenschaftlichen Operationen, deren Resultat es sei, abhängige.³⁴

Darüber hinaus vermerkt Windscheid zum Gewohnheitsrecht noch folgendes: Als Gewohnheitsrecht kraft Übung der Juristen gelangte in Deutschland das römische Recht und zwar in der Gestalt der Kodifikation Justinians sowie der Lehren der Schule von Bologna zur Geltung.³⁵ Erkenntnisquellen des Gewohnheitsrechts können entweder Akte seiner Übung selbst oder glaubwürdige Zeugnisse über sein Bestehen sein.³⁶ Gewohnheitsrecht hat neben dem Gesetzesrecht gleiche Kraft, so dass auch die Aufhebung von Gesetzen durch das Gewohnheitsrecht möglich ist.³⁷

Aus der windscheidschen Rechtsquellenlehre wird deutlich, dass er den gesetzpositivistischen Standpunkt, nach dem „alles Recht vom staatlichen Gesetzgeber erzeugt werde und sich in seinem Befehlen erschöpfe“³⁸ nicht teilte. Aus diesem Grund scheint die Einstufung seiner Lehre als rationalistischer Gesetzespositivismus³⁹ nicht ganz zutreffend zu sein.

²⁹ Ibidem, S. 64.

³⁰ Ibidem, S. 63—64.

³¹ Ibidem, S. 72.

³² Ibidem, S. 73.

³³ Ibidem, S. 74.

³⁴ Den Mechanismus der Entstehung vom juristischen Gewohnheitsrecht schildert Windscheid in seiner Abhandlung *Wille und Willenserklärung*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 372—373: „Der Richter entscheidet wie er entscheidet, nicht deswegen, weil er für seine Entscheidung anzuwendenden Rechts einen Anhalt findet, sondern weil er nicht anders kann. Er bringt in seiner Entscheidung das Recht, welches in ihm lebt zum Ausdruck und ist überzeugt davon, daß er damit das Rechte tut. Bleibt sein Vorgehen nicht vereinzelt und folgen andere Richter dem gleichen Drange, so ist das Gewohnheitsrecht fertig.“

³⁵ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 2—4.

³⁶ Ibidem, S. 75.

³⁷ Ibidem, S. 76.

³⁸ F. Wiaecker: *Privatrechtsgeschichte...*, S. 432.

³⁹ So K. Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin u.a. 1991, S. 28 f.

III. Auslegung des Rechts

1. Auslegung im Allgemeinen

Windscheid definiert die Auslegung allgemein als „Darlegung des Inhalts des Rechts“⁴⁰. Sie erfolge auf dem Wege freier Untersuchung und sei eine Kunst. Der Auslegung unterliegen sowohl Gesetze als auch Sätze des Gewohnheitsrechts. Bei der Untersuchung von Gesetzen habe sie zwei Fragen zu klären: — „den von dem Gesetzgeber gebrauchten Worten gegenüber, den Sinn zur Geltung zu bringen, welchen er mit diesen Worten hat verbinden wollen“;⁴¹ — „hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen“.⁴²

Bei der Auslegung des Gewohnheitsrechts stelle sich nur die zweite Frage, es ent falle also die Suche nach dem Sinn der Worte. Dies sei eine Konsequenz der Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts, welches nicht „die menschliche Rede ist“.⁴³ Hier ist anzumerken, dass das von Juristen z.B. in Gerichtsurteilen geschaffene Gewohnheitsrecht nicht anders als Gesetze sprachlich gefasst wird, was Windscheid übersehen zu haben scheint.

2. Erkenntnis des Sinns von Gesetzestexten

Als Mittel zur Erfüllung der ersten Aufgabe stehen laut Windscheid grammatische und logische Auslegung zur Verfügung. Die grammatische Auslegung sei auf den Sprachgesetzen gegründet, aus welchen sich sowohl die Bedeutung der einzelnen Worte für sich als auch der Sinn, in welchem die Worte zueinander in Verbindung stehen, ergäben.⁴⁴ Dieser Auslegungskanon wird in der heutigen Methodenlehre ähnlich dargestellt und auch als grammatische Auslegung bezeichnet.

Wenn der auf dem Wege der grammatischen Auslegung gewonnene Sinn unverständlich oder unsicher ist, komme die logische Auslegung zur Anwendung. Zur logischen Auslegung zählen nach Windscheid alle Resultate, die

⁴⁰ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 81.

⁴¹ *Ibidem*, S. 86.

⁴² *Ibidem*, S. 86.

⁴³ *Ibidem*, S. 81.

⁴⁴ *Ibidem*, S. 82.

nicht nur mit Hilfe von bloßen Sprachgesetzen erlangt werden.⁴⁵ Der Interpret solle zunächst den übrigen Inhalt des auszulegenden Gesetzes zur Hilfe ziehen. Ferner seien auch andere Gesetze desselben oder anderer Gesetzgeber, insoweit „eine geistige Einheit zwischen diesen anderen und dem auszulegenden Gesetz angenommen werden kann“⁴⁶ zu berücksichtigen. Diese Auslegungsmethode ist aus heutiger Sicht der systematischen Auslegung zuzuordnen.

Wenn jedoch auch der geschilderte systematische Ansatz zu keinem befriedigenden Resultat führt, solle der Ausleger „sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglich vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineindenken; je vollständiger dies gelingt, mit desto größerer Sicherheit wird er, den Sinn der von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte zu bestimmen im Stande sein“.⁴⁷

Bei dem „Hineindenken“ sei vor allem auf den zur Zeit des Erlassens des neuen Gesetzes vorhandenen Rechtszustand Rücksicht zu nehmen. Diese Vorgehensweise ist aus heutiger Sicht der historischen Auslegung zuzuordnen. Auf welche konkrete Weise sich der Rechtszustand im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses auf die Auslegung des neuen Gesetzes auswirkt, führt Windscheid an dieser Stelle leider nicht näher aus.

Ferner solle man auch den Zweck, welchen der Gesetzgeber mit dem Gesetz hat erreichen wollen, beachten. Dieser, als *ratio legis* bezeichnet, solle mit *occasio legis* (äußere Veranlassung des Gesetzes) und *ratio juris* (der eigentliche Gedanke oder Prinzip des Gesetzes) nicht verwechselt werden.⁴⁸ Nähere Anweisungen zum Gebrauch dieses Auslegungsmittels werden leider nicht dargestellt. Die Ähnlichkeit dieser Methode zur heutigen teleologischen Auslegung liegt aber auf der Hand.

Das nächste wichtige Moment sei der Wert des Resultats. Hier sei anzunehmen, dass „der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als Leeres und Unpassendes habe sagen wollen“.⁴⁹ Hier scheint Windscheid stillschweigend angenommen zu haben, dass sich aus dem Gesetz eine objektive Wertordnung ergibt, sonst hätte man keinen rechtlichen Maßstab, an welchem man überprüfen könnte, ob der Wert des Resultats angemessen ist und zum Gesetz passt. Andere denkbare Maßstäbe könnten etwa die subjektive Wertehierarchie des Interpreten oder die von ihm erkannte Wertehierarchie der Gesellschaftsmehrheit sein, diese hatte Windscheid jedoch sicherlich nicht im Sinne. Auffällig ist hier die Allgemeinheit und Unbestimmtheit der Kategorie des Werts des Resultats. Bemerkenswerterweise weckt sie Assoziationen mit der Wertungsjurisprudenz, welche — zumindest verbal — gegen die Begriffsjurisprudenz gerichtet war.

⁴⁵ Ibidem, S. 86.

⁴⁶ Ibidem, S. 83.

⁴⁷ Ibidem, S. 83.

⁴⁸ Ibidem, S. 84.

⁴⁹ Ibidem, S. 84.

Als den letzten Hinweis für den Interpreten führt Windscheid die Regel an, dass „im Zweifel für die geringere Abweichung vom bestehenden Rechte und für die mildere Meinung“⁵⁰ zu entscheiden ist.

Die Anwendung von den oben geschilderten Regeln führe jedoch oft zu keinem sicheren Resultat. In diesem Fall müsse man sich mit bloßer Wahrscheinlichkeit begnügen.⁵¹ Es ist anzunehmen, dass Windscheid diese Wahrscheinlichkeit auf die Richtigkeit der Antwort auf die Frage bezieht, ob das Resultat der Auslegung wirklich dem Sinn, „welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat“ entspricht.⁵² Demnach sind nur solche Auslegungsergebnisse wahr, die sich mit diesem Sinn decken, und unwahr solche, die ihm nicht entsprechen. Was man an dieser Stelle unterzustellen braucht, ist die reale Existenz des gesetzgeberischen Willens, sonst wäre diese Frage gegenstandslos. Wann ist aber unser Auslegungsergebnis im Sinne Windscheids als sicher und wann nur als wahrscheinlich zu qualifizieren? Wenn man nicht annehmen will, dass außer Auslegung noch weitere Erkenntnisquellen des Willens des Gesetzgebers zur Verfügung stehen — und Windscheid gibt keinen Anlass für diese Annahme — dann ist das Auslegungsergebnis als sicher zu bezeichnen, wenn es eindeutig ist und somit als einziges Anspruch Geltung hat. Sind demgegenüber mehrere Resultate vorhanden, die diesen Anspruch geltend machen können, und keinem ohne Zweifel der Vorzug gegeben werden kann, dann ist das gewählte Auslegungsergebnis nur als das „wahrscheinlich richtige“ zu bezeichnen. Ob Windscheid es genau in diesem Sinne gemeint hat, lässt sich allerdings — mangels näherer Ausführungen hierzu — nicht eindeutig feststellen. Fest steht nur, was er nicht gemeint hat und zwar, dass dem (aufzudeckendem) Inhalt des Gesetzes selbst die Eigenschaft der Wahrhaftigkeit zugeschrieben werden kann. Dies würde in die Richtung des Naturrechts gehen, dessen objektive Existenz er ausdrücklich ablehnt.⁵³

Die Auffassung der Auslegung als ein „Hineindenken in die Seele des Gesetzgebers“ mag von einem gewissen Psychologismus zeugen, der die Existenz eines tatsächlichen Willens des Gesetzgebers unterstellt. Diese Annahme ist insbesondere bei kollegialen Gesetzgebungsorganen sehr zweifelhaft. Von diesem Standpunkt aus kann man wie Larenz den Auslegungsprozess bei Windscheid als eine empirische Willensforschung auffassen — die Suche nach dem wirklichen Inhalt des realen Willens des Gesetzgebers als einem historischen Faktum.⁵⁴ Das erscheint natürlich eher als ein lebensfernes Konzept. Selbst, wenn man vom Modell eines eigenmächtigen Einzelherrschers als Gesetzgeber ausgeht, ist es unmöglich, dass er den Inhalt aller geltenden Gesetze im Einzel-

⁵⁰ Ibidem, S. 85.

⁵¹ Ibidem, S. 85.

⁵² Ibidem, S. 81.

⁵³ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 90; Idem: *Recht und...*, S. 9.

⁵⁴ K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 29.

nen kennt. Und was er nicht kennt, kann er auch nicht tatsächlich (im psychologischen Sinne) wollen. Die Auffassung der Auslegung als ein „Hineindenken in die Seele des Gesetzgebers“ kann man aber auch als eine Metapher verstehen. Sie bildet dann nur eine hilfreiche Fiktion, welche besagt, dass hinter dem Rechtsganzen ein rationaler Gesetzgeber, der Autor aller Gesetze ist, steht. Dadurch gewinnt man die Möglichkeit, das Rechtsganze als eine geistige Einheit und damit ein System zu behandeln. Diese Auffassung dient als theoretische Grundlage für die Anwendung von Auslegungsmethoden, die ohne Wertungen nicht auskommen können (z.B. Analogieschluss) und die keine Legitimation hätten, wenn man das Rechtsganze lediglich als eine bloße Ansammlung verschiedener Vorschriften verstehen würde.

3. Berichtigung und Ergänzung des Rechtssatzes und ihre Grenzen

a) Berichtigung und Ergänzung

Die logische Auslegung kann Windscheid zufolge nicht nur zur Bestimmung des wahren Sinnes des unklaren Ausdrucks des Gesetzes dienen, sie kann auch „den unvollständigen Ausdruck ergänzen und den unrichtigen berichtigen“.⁵⁵ Der Ausdruck des Gesetzgebers könne auf drei verschiedene Weisen verfälscht sein: „er kann auf Mehr gehen, als der Gesetzgeber hat sagen wollen, oder auf Weniger, oder auf etwas qualitativ Anderes“.⁵⁶ Als Mittel zur Berichtigung des unvollkommenen Ausdrucks des Gesetzgebers nennt Windscheid drei Arten der Auslegung: die einschränkende, die ausdehnende und die abändernde Auslegung. Hier ist die Frage zu stellen, was den Gegenstand der Einschränkung, der Ausdehnung oder der Abänderung bilden soll? Dieser Gegenstand scheint für Windscheid das Resultat der grammatischen Auslegung zu sein. Trifft diese Interpretation der von Windscheid aufgestellten Grundsätze zu, ergibt sich daraus folgendes Bild: Bei der ausdehnenden Auslegung werden Rechtssätze auf Sachverhalte, die nicht unter die grammatisch ausgelegten Tatbestandsmerkmale fallen, angewendet. Im Fall der einschränkenden Auslegung werden Rechtssätze auf Sachverhalte, die unter die grammatisch ausgelegten Tatbestandsmerkmale fallen, nicht angewendet. Die abändernde Auslegung führt beide Folgen herbei, hier kommt es also zur Anwendung des Rechtssatzes auf Sachverhalte, die nicht unter die grammatisch ausgelegten Tatbestandsmerkmale fallen, und zugleich zur Nichtanwendung desselben Rechtssatzes auf manche Sachverhalte,

⁵⁵ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 85.

⁵⁶ *Ibidem*, S. 85.

die unter die grammatisch ausgelegte Tatbestandsmerkmale dieses Satzes fallen. Windscheid trifft bei der Auslegung keine Unterscheidung zwischen der Tatbestands- und der Rechtsfolgendeite der Norm, es ist also anzunehmen, dass die Berichtigung beide Seiten betreffen kann. Damit sind die geschilderten Verhältnisse für die Rechtsfolgendeite eines Rechtssatzes analogisch — d.h. das Ausmaß der auf dem Wege der logischen Auslegung bestimmten Folgen könnte weiter, enger oder zum Teil enger und zum Teil weiter als das Ausmaß der aufgrund der grammatischen Auslegung bestimmten Folgen sein. Es ist dabei nicht auszuschließen, dass eine Norm auf der Tatbestandsseite ausgedehnt, eingeschränkt oder abgeändert und gleichzeitig eine von diesen Modifikationen (aber nicht unbedingt dieselbe) für die Rechtsfolgendeite vorgenommen wird.

Keine Klarheit besteht über den Unterschied zwischen Ergänzung und Berichtigung. Möglicherweise bezieht sich die Berichtigung auf die in einem Rechtssatz bereits enthaltenen Merkmale oder Folgen, die lediglich modifiziert werden, wohingegen durch Ergänzung ganz neue Merkmale oder Folgen hinzugefügt („hineingelesen“) werden. Es müsste dazu natürlich ein hinreichender Grund vorliegen — d.h. es müsste aus dem Textzusammenhang ersichtlich sein, dass der Gesetzgeber sich eines unvollkommenen Ausdrucks bedient hat. Windscheid klärt diese Fragen leider nicht genauer auf.

b) Grenzen der Berichtigung und Ergänzung

Die Grenzen der Berichtigung und Ergänzung fasst Windscheid in folgendem Satz: „[...] entsprechen die vom Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinne, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht was er gesagt hat, weil er hat es nicht sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat.“⁵⁷ Hier setzt Windscheid stillschweigend voraus, dass der Interpret den Sinn des Rechtssatzes, den der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, trotz der misslungenen Formulierung der Vorschrift kennenlernen kann. Dieser eigentlich intendierte Sinn ist jedoch nur durch Auslegung der misslungenen Vorschrift zu gewinnen. Die grammatische Auslegung kann es nicht sein, weil gerade ihr Ergebnis mit dem Sinn, den der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, nicht übereinstimmt. Es ist also anzunehmen, dass es sich hier um logische Auslegung, als die, die über bloße Sprachgesetze hinausgeht, handelt⁵⁸. Daraus folgt, dass das Ergebnis der logischen Auslegung nur dann beachtet werden kann, wenn es dem Ergebnis der grammatischen Auslegung nicht widerspricht; mit anderen Worten — wenn es mit diesem noch vereinbar ist. Auf diese Weise wird für die Anwendung der

⁵⁷ Ibidem, S. 86.

⁵⁸ Siehe oben.

Resultate der logischen Auslegung eine Grenze bestimmt, und zwar in Gestalt der Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des Gesetzestextes.

Wann ist das Ergebnis der logischen Auslegung mit dem Wortlaut des Gesetzestextes noch vereinbar? Der Ausdruck des Gesetzgebers kann laut Windscheid anhand der logischen Auslegung nur „in dieser oder jener Beziehung“⁵⁹ verbessert werden. Diese Regel kann man folgendermaßen interpretieren: Sie verbietet es, bei abändernder Auslegung alle Merkmale einer Norm so auszu legen, dass es zu gar keiner Anwendung dieser Norm auf Sachverhalte, welche unter diese Norm fallen, wenn sie grammatisch ausgelegt wird, kommt. Analog gilt das auch für die Folgen eines Rechtssatzes. Es kann also zu keiner gänzlichen Verlagerung des Anwendungsbereichs oder Änderung aller Folgen einer Norm kommen. Inwieweit im Übrigen eine Abweichung vom Ergebnis der grammatischen Auslegung und insbesondere wie stark eine Norm ausgedehnt oder eingeschränkt werden kann, lässt sich *in abstracto* nicht genau bestimmen, weswegen Windscheid es vernünftigerweise nicht versucht hat. Die Grenze soll man sich deshalb als ein Streifen eher denn als eine Linie vorstellen. Der heutigen Wortlautgrenze, welche die Auslegung von der Analogie abgrenzt, ist die Grenze Windscheids in ihrem Grundkonzept in gewisser Weise ähnlich. Beide Grenzen bauen nämlich auf dem Maßstab der Vereinbarkeit der Auslegungsergebnisse mit dem Wortlaut des Gesetzestextes auf.

Das Resultat der logischen Auslegung ist, auch wenn es wegen der Wortlautgrenze selbst nicht anzuwenden ist, trotzdem von Bedeutung — es führt nämlich zur Unanwendbarkeit des Ergebnisses der grammatischen Auslegung: „[...] so gilt zwar nicht was er gesagt hat, weil er hat nicht sagen wollen [...]“⁶⁰. Dass der Gesetzgeber etwas hat nicht sagen wollen, kann der Interpret gleichwohl nur aufgrund logischer Auslegung feststellen. Hier wird also eine andere Grenze gesetzt — in diesem Fall wird das Ergebnis der grammatischen Auslegung durch das Ergebnis der logischen Auslegung gesperrt.

Windscheid schreibt ausdrücklich keine Lösung für die Situation vor, dass die grammatische und die logische Auslegung ihre Anwendbarkeit gegenseitig ausschließen. Streng genommen müsste der Interpret den ausgelegten Rechtssatz für unanwendbar erklären. Es wäre jedoch wohl im Sinne Windscheids, dass zuerst versucht wird, einen Ausgleich zwischen den beiden Auslegungsergebnissen zu finden, indem man anhand der logischen Auslegung erkannte Wille des Gesetzgebers in dem Maß, in welchem es die Wortlautgrenze zulässt, realisiert wird.

⁵⁹ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 85—86.

⁶⁰ *Ibidem*, S. 86.

4. Erkenntnis des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers

Die Ermittlung des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers ist Windscheid zufolge erforderlich, wenn zu erkennen ist, „daß der Gesetzgeber sich diesen Gedanken nicht vollständig klar gemacht hat, daß er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahren Gehalt nicht vollständig entspricht“.⁶¹ In diesem Fall stehe vor der Auslegung ihre „edelste Aufgabe“, den „ausgedrückte[n] Willen [des Gesetzgebers] gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen“.⁶²

Bei der Enthüllung von eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers seien jedoch dem Interpreten die gleichen Grenzen der Auslegung wie bei Erkenntnis des Sinns des Gesetzestextes gesetzt: „wie sicher sie [die Auslegung] auch den eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers erkennen mag, sie darf denselben doch das Recht begründend nur unter der Voraussetzung anerkennen, dass in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständiger Ausdruck seines eigentlichen Gedankens, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann“⁶³. Folglich gilt auch hier die Wortlautgrenze (in dem oben behandelten Sinne) und die Resultate der Auslegung können auch nur in einer „quantitative[n] Einschränkung oder Ausdehnung des Gesetzes“⁶⁴ bestehen.

Da auch die Mittel, die der Erkenntnis der eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers dienen, identisch seien mit diejenigen, die zur Erkenntnis des Sinns des Gesetzestextes verhelfen, sei die Zuordnung der Tätigkeit des Interpreten zu einem von diesen zwei Auslegungsarten oft sehr schwierig.⁶⁵

Führe die der Beantwortung der Frage nach dem eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers dienliche Tätigkeit zur ausdehnenden Auslegung, so nenne man dieses Auslegungsergebnis Analogie (genauer — Gesetzesanalogie). Sie sei eine „Ausdehnung des Gesetzes wegen Gleichheit des Grundes“⁶⁶, wobei der Grund nichts anderes, als der eigentliche Wille des Gesetzgebers sei. Daraus wird ersichtlich, dass Windscheid noch keine Trennung von Auslegung und Analogie, die in heutiger Methodenlehre häufig vertreten wird, vornimmt. Er bezeichnet die ausdehnende Auslegung als Analogie, wenn der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers und nicht nur der eigentliche Sinn seiner Worte gefunden wird.

An dieser Stelle ist noch darauf hinzuweisen, dass Windscheid ausdrücklich davor warnt, dass man seinen eigenen Gedanken unter dem Anschein der

⁶¹ Ibidem, S. 86.

⁶² Ibidem, S. 86.

⁶³ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

⁶⁴ Ibidem, S. 87.

⁶⁵ Ibidem, S. 87.

⁶⁶ Ibidem, S. 88.

Auslegung als den gesetzgeberischen präsentiert. Aus diesem Grund äußert er sich negativ über Verbreitung von Topoi wie „die Natur der Dinge“, „das Bedürfnis des Verkehrs“ und „das entschieden Vernünftige“, die seines Erachtens in ihrem Inhalt so schwankend und unbestimmt seien, dass sie für redliche Auslegung keine Hilfe leisten könnten.⁶⁷ Es ist Theodor Kipp schwer zu widersprechen, wenn er darin eine Inkonsequenz sieht.⁶⁸ Einerseits betrachtet Windscheid das durch Juristen erzeugte Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle und schreibt ihm sogar die Kraft der Aufhebung von gesetzlichen Rechtssätzen zu,⁶⁹ andererseits verwehrt er aber den Juristen die Benutzung von jeglichen Mitteln, die zu einer Rechtsschöpfung führen könnten.

In dem Konzept der Erkenntnis des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers als Aufgabe der Auslegung sieht Larenz einen von Windscheid unbemerkten Übergang „aus dem Bereich der empirisch-psychologischen Willensforschung in den eines objektiven Sinnverstehens“.⁷⁰ Das führe dazu, dass der psychologische Willensbegriff durch einen normativen Willensbegriff ersetzt wird. In der Tat ist hier der eigentliche Wille des Gesetzgebers kein realer Wille im Sinne eines positiven psychologischen Faktums, das irgendwann in der Zeit stattgefunden hat oder noch stattfindet. Es handelt sich um einen hypothetischen Willen, zu welchem man gelangt, indem man die Frage stellt, „was derselbe [der Gesetzgeber] selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich zum Bewusstsein nicht gebracht hat, aufmerksam geworden wäre“.⁷¹ Dieses Verfahren bezeichnet Larenz als eine psychologische Scheinargumentation, da nach einem vernünftigen — also normativ begriffenen — Willen gesucht wird.⁷² Die Inkonsequenz, die darin besteht, dass man mal auf den realen und mal auf den vernünftigen Willen des Gesetzgebers abstellt, liegt aber nur dann vor, wenn man den Satz von dem „Hineindenken in die Seele des Gesetzgebers“⁷³ wie Larenz wörtlich und nicht als eine Metapher versteht.

5. Lücken und Widersprüche

Das Problem von Lücken und Widersprüchen im Rechtsganzen sei mit Hilfe der in diesem Ganzen zu erkennenden eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers zu lösen.⁷⁴

⁶⁷ Ibidem, S. 89, Fußnote 8.

⁶⁸ Ibidem, S. 89—90, Fußnote 8 — Text von Theodor Kipp.

⁶⁹ Siehe oben.

⁷⁰ K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 29.

⁷¹ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

⁷² K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 29.

⁷³ Siehe oben.

⁷⁴ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 90.

Die Ausfüllung von Lücken sei die Aufgabe der Rechtsanalogie. Sie bestehe in der Übertragung der sich in spezifischer Art und Weise im Rechtsganzen darstellenden Rechtsauffassung auf das „einer rechtlichen Normierung bedürftige Verhältnis“.⁷⁵ Hier wird ersichtlich, dass Windscheid schon vor der Kodifikation des Privatrechts in Deutschland das Ganze aller Rechtssätze als ein System, das mindestens konzeptionell vollständig und lückenlos sein soll, betrachtete. Normen dieses Systems würden „ein[en] objektive[en] Sinneszusammenhang“ bilden, „aus dem das fehlende Zwischenglied durch Schlussfolgerungen — insbesondere durch Analogieschlüsse — abgeleitet werden kann“⁷⁶. Es fällt auf, dass Windscheid für die Anwendung der Rechtsanalogie keine Wortlautgrenze aufstellt. Das eröffnet dem Ausleger besondere „Bewegungsfreiheit“, die allerdings die Feststellung einer Lücke im Rechtsganzen voraussetzt. Die Lücke wird nicht ausdrücklich definiert, sondern lediglich als ein „der rechtlichen Normierung bedürftige Verhältnis“ indiziert. Es scheint im Sinne Windscheids zu sein, dass man die „Normierungsbedürftigkeit“ ermittelt, indem man fragt, ob der Gesetzgeber das Verhältnis, welches „er sich zum Bewußtsein nicht gebracht hat“, normiert haben würde, wenn er auf dieses Verhältnis „aufmerksam geworden wäre“⁷⁷ und diese Frage anhand des sich aus dem Rechtsganzen ergebenden eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers beantwortet. Heute würde man diesen Vorgang als Feststellung einer planwidrigen Lücke bezeichnen.

Eine Ergänzung von Lücken aus dem Naturrecht lehnt Windscheid eindeutig ab, weil seine Sätze nicht objektiv feststellbar und nichts mehr als subjektive Wahrheiten des Einzelnen seien.⁷⁸

Hat der Interpret mit einem Widerspruch zu tun, empfiehlt ihm Windscheid zuerst zu untersuchen, ob „der eine Rechtssatz mehr als der andere den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen enthält“⁷⁹. Ist das nicht der Fall, dann würden sie sich gegenseitig aufheben und es sei zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

6. Entwicklung von Begriffen

Nach Windscheid erschöpft sich die Jurisprudenz nicht in der Auslegung. Ihre weitere Aufgabe sei die Entwicklung der in Gesetzen enthaltenen und durch Auslegung gewonnenen Begriffe. Ihre volle Erfassung ergebe „das wah-

⁷⁵ Ibidem, S. 91.

⁷⁶ K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 30.

⁷⁷ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

⁷⁸ Ibidem, S. 90—91.

⁷⁹ Ibidem, S. 93.

re System der Rechte“.⁸⁰ Windscheid spricht hier vom Konstruieren der für die Pandektenwissenschaft charakteristischen Begriffspyramiden,⁸¹ die durch Offenlegung der inneren Zusammengehörigkeit der Begriffe zur Erkenntnis des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers verhelfen sollen.⁸² Dies fördere die Sicherheit der Rechtsanwendung, denn „[...] die Entscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Factoren sind; die Rechnung muß natürlich ein um so sicheres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht“.⁸³ In diesem Satz drückt sich das Bekenntnis Windscheids zur Begriffsjurisprudenz und der von ihr getragenen Rechtssicherheit so deutlich wie wohl in keinem anderen aus. Er verliert dabei aber keineswegs den Glauben, dass die Rechtswissenschaft die Ansprüche der als das Ideal „nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volkes zu streben hat“ verstandenen und sich im kollektiven Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl des Volkes offenbarenden Billigkeit befriedigen kann.⁸⁴

IV. Schluss

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die von Windscheid vertretene Auslegungslehre dem Auslegenden — sogar aus heutiger Sicht — einen weiten Spielraum gewährt. Auf keinen Fall reduziert sie die Rechtsfindung auf „den logischen Akt der richtigen Subsumtion“.⁸⁵ Der Interpret kann nach Windscheid zwar nur im Sinne des Gesetzgebers handeln⁸⁶, verfügt aber zugleich über ein sehr reiches Instrumentarium, mit welchem er in bestimmten Fällen weit über die Wortlautgrenze hinausgehen kann (Rechtsanalogie). Somit hält sich Windscheid von Überspitzungen des radikalen Rechtspositivismus fern.

Das Bild von Windscheid, das sich aus vorliegender Arbeit ergibt, entspricht der Vorstellung vom Hauptrepräsentanten der „blutleeren Begriffsjurisprudenz“ sicherlich nicht. An vielen Stellen konnten wir sehen, dass er die Jurisprudenz durchaus als Dienerin des Lebens sah. In seiner wissenschaftlichen Arbeit lag er viel Wert darauf, der Rechtsdogmatik angemessene Mittel zur Befriedigung von Billigkeit und Gerechtigkeit bereitzustellen. Aus diesem Grund kann man das traditionelle Bild Windscheids, das ihn als Verkörperung vom lebensfernen

⁸⁰ Ibidem, S. 94.

⁸¹ K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 30.

⁸² B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 93.

⁸³ Ibidem, S. 94.

⁸⁴ B. Windscheid: *Die Aufgaben...*, S. 102.

⁸⁵ F. Wiaecker: *Privatrechtsgeschichte...*, S. 436.

⁸⁶ B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

Formalismus darstellen will, mit denselben Worten kommentieren, mit denen Windscheid einst das Urteil des Reichsgerichts, das seine berühmte Voraussetzungslehre verworfen hat, kommentiert hat: „Es kämpft gegen ein Phantom, es schlägt einen Feind nieder, den es selbst erfunden hat.“⁸⁷

⁸⁷ B. Windscheid: *Die Voraussetzung*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...* (= AcP 78 (1892) S. 161 ff.), S. 405.

Kamil Korn

Prawo i jego interpretacja w rozumieniu Bernharda Windscheida

Słowa kluczowe: metody interpretacji, jurysprudencja pojęciowa, Bernhard Windscheid, pandektystyka, wykładnia prawna, pozytywizm prawniczy

Streszczenie: Tematem niniejszego artykułu są poglądy niemieckiego prawnika Bernharda Windscheida (1817—1892) na prawo oraz jego wykładnię. Bernhard Windscheid tradycyjnie uważany jest za jednego z czołowych przedstawicieli pandektystyki, jurysprudencji pojęciowej oraz pozytywizmu prawniczego. W historiografii prawniczej długi czas panowała i częściowo nadal panuje opinia o nadmiernym formalizmie i nieżyciowości jego nauk. W nowszych pracach poglądy te poddawane są rewizji i przedstawiany jest bardziej zniuansowany obraz Windscheida jako naukowca, którego trudno jednoznacznie opisać za pomocą prostych formuł. Analiza jego poglądów na prawo i wykładnię dokonana w niniejszym artykule prowadzi do wniosku, że tradycyjny obraz Windscheida jako przedstawiciela „bezkrwistej jurysprudencji pojęciowej” jest niewłaściwy. Zgodnie z jego poglądami celem wykładni jest odkrycie i odpowiednia realizacja woli ustawodawcy, jednak nie wyklucza to uwzględniania w pewnych sytuacjach potrzeb obrotu prawnego oraz wartości takich jak słuszność. Granice wykładni prawa są w koncepcji Windscheida zakreślone dość szeroko, choć jednocześnie stara się on ująć je tak, by zapobiegać dowolności interpretacyjnej oraz nie narażać pewności prawa na nadmierne niebezpieczeństwo.

Kamil Korn

Law and Its Interpretation as Understood by Bernhard Windscheid

Keywords: methods of interpretation, conceptual jurisprudence, Bernhard Windscheid, pandectic doctrine, interpretation of law, legal positivism

Summary: The subject of the following article is the views of German jurist Bernhard Windscheid on law and its interpretation. Bernhard Windscheid is traditionally regarded as a prominent representative of pandectists, conceptual jurisprudence, and legal positivism. In legal historiography an opinion about an excessive formalism and detachment from reality in his studies was held for a long time and is still partially maintained. In most recent studies, however, that assessment has been revised, and a more diversified picture of Windscheid has emerged of a scholar who is hard to define by means of simple formulas. The analysis of his views on law and its interpreta-

tion conducted in this article leads to the conclusion that the traditional picture of Windscheid as a representative of „bloodless conceptual jurisprudence” is incorrect. According to Windscheid, the aim of the interpretation of law is to find out the legislator’s intention and realize it accordingly, which however, does not exclude taking into consideration under some circumstances the requirements of legal relations and transactions with values such as righteousness. In Windscheid’s concept, limits of the interpretation of law are drawn quite broadly, although he simultaneously attempts to specify them clearly enough to prevent freedom of interpretation and not to jeopardize the certainty of law.

ANDRZEJ DROGOŃ
Katowice

Ustrój samorządny województwa śląskiego czy autonomia? Spór doktrynalny czy też różne instytucje ustrojowe?

Ustawa konstytucyjna Sejmu Ustawodawczego RP z dnia 15 lipca 1920 r. zawierająca statut organiczny województwa śląskiego¹ w praktyce ustrojowej stanowiła rozwiązanie znacznie odbiegające od podstawowych założeń, na podstawie którego próbowano budować system ustrojowy jednolitego Państwa Polskiego po okresie rozbiorowym. Unifikacja systemu ustrojowego ziem polskich, stanowiących porozbiorową strukturę, opartą na kilku różnych porządkach prawnych państw zaborczych, stanowiła podstawowe wyzwanie, przed którym stanęli twórcy restytuowanej Rzeczypospolitej Polskiej po 1918 r. Długotrwały okres niebytu państwowego, przeplatany różnymi rozwiązaniami i tradycjami państw zaborczych, stanowiły problemy natury nie tylko politycznej i społecznej, ale były także poważnym wyzwaniem natury ustrojowej. W konsekwencji zmienności, towarzyszące dziejom tych ziem, wymuszały stosowanie rozwiązań, które nie zawsze mogły mieścić się w konwencji modelowych mechanizmów ustrojowych, budowanych przez doktrynę państwa konstytucyjnego. Terytoria przyszłego Państwa Polskiego dodatkowo chłoneły doświadczenia ustrojowe nie tylko sąsiednich państw zaborczych. W okresie Księstwa Warszawskiego wprowadzono wiele ciekawych instytucji, które okazały się trwałym elementem, zaszczerpionym na części ziem zaborów pruskiego i austriackiego (Kodeks Napoleona, Rada Stanu, zasady racjonalistycznego podziału

¹ *Ustawa konstytucyjna z dnia 15 lipca 1920 r. zawierająca statut organiczny województwa śląskiego*. Dz.U. R.P., nr 75, poz. 497.

terytorialnego itp.). W wyniku wchłonięcia tych ziem przez Rosję po kongresie wiedeńskim, doświadczenia te znalazły swoje miejsce w konstytucji Królestwa Polskiego. Wcześniejsze polskie tradycje i dziedzictwo ustrojowe skutecznie zacierano w okresie intensywnej rusyfikacji i germanizacji. Dodatkowo komplikowały sytuację uwarunkowania istniejące na terytoriach, pozostających poza granicami państwa polskiego przed 1772 r. (chodzi o ziemie śląskie, które od czasów Kazimierza Wielkiego pozostały pod zwierzchnictwem władców austriackich, a od 1740 r. stały się częścią państwa pruskiego, jak i o ziemie Śląska Cieszyńskiego, które po wojnach śląskich pozostały w Austrii).

Trudno wyobrazić sobie całkowite odrzucenie narzucanych przez kilka pokoleń doświadczeń, budujących wcześniejsze systemy, jeszcze trudniej — pełną akceptację stanu istniejącego wraz z zakończeniem pierwszej wojny światowej. Tym samym wyzwanie unifikacyjne, warunkujące trwałość bytu, jednolitość systemu ustrojowego, eliminowanie partykularyzmów dzielnicowych, budowanie podstaw spajających strukturę społeczną, napotykało szereg barier. Należało godzić wynikające z tego mechanizmy z wyzwaniami narzucanymi przez złożone czynniki, oparte na wewnętrznych sprzecznościach, często wypływających z partykularyzmów dzielnicowych, katastrofalnej sytuacji gospodarczej, złożonej sytuacji społecznej i narodowościowej, a także uwarunkowań międzynarodowych². Już w okresie pierwszej wojny światowej pojawiały się wyraźne sygnały wskazujące na to, że sprawa polska może być poważnym atutem w realizacji celów, jakie zakładały mocarstwa rozbiorowe, stojące w tej wojnie po przeciwnych stronach linii frontu. Pokazywały to stanowiska zarówno strony rosyjskiej, wyrażanej czy to decyzjami Mikołaja II, czy też deklaracje późniejszych władz porewolucyjnych Rządu Tymczasowego, a w kolejnym etapie władz bolszewickich, jak i stanowisko prezentowane przez Niemcy i Austrię.

Problemy unifikacyjne były dostrzegane już na początku tworzenia się województwa śląskiego. Nie bez znaczenia był fakt, że czas jego powstawania to również okres intensywnych walk o wschodnie granice Polski. Ponadto teren Górnego Śląska, w związku z koniecznością przeprowadzenia plebiscytu, będącego wynikiem postanowień art. 88 traktatu wersalskiego z Niemcami³, poddany został międzynarodowemu nadzorowi. Nie ulega jakiegokolwiek wąt-

² Podejmowałem tę tematykę już wcześniej. Artykuł niniejszy jest kolejną próbą syntezy poglądów i ich zebrania w celu skompensowania tez, pozwalających na podsumowanie wymagającej ciągłego pogłębiania wiedzy, złożonego zagadnienia obejmującego tematykę procesów decentralizacyjnych, uwidocznionych na odzyskanych przez Polskę ziemiach śląskich po pierwszej wojnie światowej. Z wcześniejszych prac zobacz chociażby: A. Drogoń: *Sprawa autonomii województwa śląskiego, a Akt 5-go Listopada*. W: A. Drogoń, M. Kwiecień, M. Małecki: *Pomiędzy autonomiami na marginesie aktu 5-go listopada 1916 r. w stulecie jego sporządzenia w Pszczynie*. Pszczyna 2016.

³ Dz.U. 1920, nr 35, poz. 200.

pliwości, że obszar ten, zarówno dla Niemiec, jak i nowo kształtowanej Rzeczypospolitej Polskiej, stanowił dużej wagi czynnik wpływający na sytuację gospodarczą i społeczną tych państw. Państwo polskie — poza intensywną dyplomacją (wynikiem której będzie decyzja o przeprowadzeniu plebiscytu), działaniami zbrojnymi (powstania śląskie), szeroką akcją propagandową na rzecz konieczności odzyskania Śląska oraz wieloma innymi działaniami pomiędzy 1919 a 1922 r. — podjęło niezwykle ważny argument, którego istota sprowadzała się do projektu szerokiego zdecentralizowania systemu zarządzania tymi ziemiami w ramach polskiej państwowości.

Strony zbliżającego się rozstrzygnięcia plebiscytowego: Niemcy oraz Polska, podejmowały zintensyfikowane środki, używając najróżniejszych metod celem uzyskania wyniku pozwalającego na przejęcie terenów Górnego Śląska, objętych plebiscytem. Wielokierunkowość działań strony polskiej wykazuje determinację, objawiającą się podejmowaniem kroków, które mogą rodzić wrażenie, że są wzajemnie sprzeczne. Nie sposób uniknąć pytania, czy wszystkie były zgodne z podstawowymi zasadami, na podstawie których budowano restytuowaną Rzeczpospolitą. Z całą pewnością intensywne działania podejmowane na arenie międzynarodowej, które doprowadziły do decyzji o przeprowadzeniu plebiscytu na terenie Górnego Śląska, należy traktować jako kierunek polityki zgodny z zasadami, wyznaczanymi polską racją stanu. Trudno zanegować działania ukierunkowane na wsparcie zbrojnych powstań śląskich oraz szeroką akcją propagandową na rzecz konieczności odzyskania Śląska.

Wśród działań, podejmowanych w okresie przedplebiscytowym, pojawił się element — faktycznie zainicjowany przez stronę niemiecką — oparty na dążeniu do przekonania ludności obszaru plebiscytowego o możliwości uzyskania specjalnego statusu ustrojowego, opartego na szeroko rozumianym zdecentralizowaniu systemu zarządzania. Strona polska, dążąc do przelicytowania propagandowych argumentów niemieckich, podjęła dalej idącą ustawę, która nie była tylko propozycją, ale zbiorem ustrojowych norm, zawartych w ustawie konstytucyjnej. Zgodnie z jej zasadami, w ramach polskiej państwowości, kreowano województwo śląskie, którego terytorium nie można było w momencie uchwalania ustawy precyzyjnie określić⁴. Wołą Sejmu Ustawodawczego RP 15 lip-

⁴ Jeszcze nie było wiadomo, jaki będzie zakres terytorialny z uwagi na to, że rozstrzygnięcie plebiscytowe miało nastąpić dopiero 20 marca 1921 r. Pamiętając o tym, moment zaistnienia województwa śląskiego może być różnie oceniany. Przepisy, zawarte w *Ustawie konstytucyjnej z dnia 15 lipca 1920 r. zawierającej statut organiczny województwa śląskiego*, w art. 45 wskazuje na jej obowiązywalność „z dniem objęcia województwa śląskiego przez Rzeczpospolitą Polską”. Daje to podstawy do wskazania trzech dat wejścia w życie powyższej ustawy: data objęcia przez państwo polskie Śląska Cieszyńskiego w sierpniu 1920 r., Górnego Śląska w czerwcu 1922 r. oraz Śląska Zaolziańskiego i części Czadeckiego w 1938 r., tak ujmuje to m.in. J. Ciągwa: *Autonomia Śląska (1922—1939)*. Katowice 1988, s. 10. W praktyce przyjmuje się, że oficjalnym dniem przejścia Górnego Śląska przez II RP i powstaniem województwa śląskiego jest dzień 22 czerwca 1922 r., kiedy to do Katowic wkroczyło Wojsko Polskie, pro-

ca 1920 r. ta przyszła jednostka terytorialna uzyskała wyjątkowy status ustrojowy. O trwałym statusie miał decydować charakter tego aktu prawnego, gdyż była to pierwsza w Rzeczypospolitej Polskiej ustawa konstytucyjna, uchwalona przez konstytuante wybraną z woli narodu w demokratycznym procesie wyborczym. Budowała ona system powszechnie nazywany autonomicznym.

W wymiarze historycznym, autonomiczne doświadczenia znane były w krajach europejskich⁵, na ziemiach polskich wiązane były zaś z okresem rozbiorowym. W różnych systemach pojawiały się mechanizmy charakterystyczne dla tak dalece posuniętej decentralizacji. Najbardziej znaczącym przykładem była autonomia galicyjska, ale elementy tych rozwiązań zaistniały również w systemie Królestwa Kongresowego czy też Rzeczypospolitej Krakowskiej.

W okresie przed zbliżającym się plebiscytem strona polska oficjalnie zabrała głos już z końcem 1919 r.⁶. Polska ustawa autonomiczna musiała być konkurencyjna w stosunku do pruskiej, co oznaczało, że musiała zawierać więcej konkretnych i korzystniejszych rozwiązań⁷.

Łatwo zauważyć propagandowy wydźwięk w działaniach związanych z opracowaniem projektu statutu organicznego⁸, co stanowiło jeden z elemen-

wadzone przez gen. Stanisława Szeptyckiego, a na Rynku katowickim nastąpiła uroczystość symbolizująca powrót Śląska do Macierzy.

⁵ W tym samym czasie, kiedy autonomia funkcjonowała w województwie śląskim, zbliżone rozwiązania istniały w innych krajach europejskich, chociażby w Kraju Basków, Katalonii, na Słowacji.

⁶ Chodzi o wystąpienie w Cieszynie 10 listopada 1919 r. Ministra Przemysłu i Handlu. Ignacy Szczeniowski zadeklarował powstanie autonomicznego województwa śląskiego. Była to wyraźna odpowiedź na niemiecką ustawę uchwaloną 14 października 1919 r. przez Pruskie Zgromadzenie Krajowe, która miała gwarantować ścisły związek Górnego Śląska z Niemcami, w miejsce wcześniejszych zapowiedzi dużej samodzielności tego regionu. W praktyce oznaczało to ograniczoną autonomię, która miała stanowić akt propagandowy strony niemieckiej w okresie przedplebiscytowym. Po uchwaleniu przez Sejm Ustawodawczy ustawy konstytucyjnej, nadającej województwu śląskiemu autonomię w dniu 15 lipca 1920 r., niemiecki Reichstag podjął ustawę z 27 listopada 1920 r., przewidującą, że po plebiscytcie Górnoszlązacy określą swoją formę związku z Rzeszą Niemiecką. Taka sytuacja powodowała, że uczestnicy plebiscytu mieli wybór pomiędzy dwoma rozwiązaniami, przy czym polskie już stanowiło wprowadzenie autonomii, zaś niemieckie — zapowiedź rozstrzygnięcia, które trudno określić jako skonkretyzowane. Ówczesna prasa starała się przedstawić walory poszczególnych rozwiązań autonomicznych, jednocześnie podejmując próby zdyskredytowania propozycji przeciwnika. Należy podkreślić, że polskie rozwiązanie nie dotyczyło jedynie części górnośląskiej, ale również części cieszyńskiej, o której przynależności zadecydował międzynarodowy arbitraż, nie zaś wcześniej planowany plebiscyt.

⁷ Zwracała na to uwagę m.in. poseł sprawozdawca, dr Józef Buzek w swoim wystąpieniu, referując projekt statutu organicznego na posiedzeniu Sejmu Ustawodawczego: „Otóż nasza ustawa jest odpowiedzią na tamtą ustawę: daje jednak ludowi śląskiemu nieskończenie więcej niż ustawa pruska”. Sprawozdanie Stenograficzne z posiedzenia Sejmu Ustawodawczego, pos. 164 15 VII 1920, I. CLXIV/12—13.

⁸ P. Kempka: *Jak Górny Śląsk otrzymał autonomię*. „Polonia” 1932, nr 2764, s. 8—9.

tów uzasadniających genezę autonomii. Niekwestionowanymi polskimi argumentami były: odrębności społeczne, polityczne i gospodarcze, które powstały w czasie długiego okresu odłączenia Śląska od Polski, dążenia ludności Śląska do samorządu wypływające z pruskich tradycji dzielnicowych, a po stronie władz centralnych — świadomość przegranego plebiscytu na Warmii, Mazurach i Powiślu, jak i wykorzystywanie w propagandzie niemieckiej skutków kryzysu w wojnie polsko-bolszewickiej (zapowiedź rychłego włączenia ziem polskich do sowieckiego imperium⁹). Mówiono o tym w trakcie dyskusji na 164 posiedzeniu Sejmu Ustawodawczego w dniu 15 lipca 1920 r., wskazując na trzy główne przyczyny wpływające na decyzję o ustanowieniu autonomii województwa śląskiego: sytuacja przedplebiscytowa, odrębność prawno-polityczna i ekonomiczna Śląska oraz dążenie Ślązaków do uzyskania szerokiego samorządu¹⁰.

Inicjatywa uchwalenia ustawy o autonomii Śląska została zgłoszona przez Podkomisję Plebiscytową Komisji Spraw Zagranicznych Sejmu Ustawodawczego. Zapewne, mając na uwadze propagandowy wymiar prac nad samodzielnym statusem przyszłego województwa, opracowanie projektu ustawy powierzono Polskiemu Komisarjatu Plebiscytowemu w Bytomiu, który współpracował z dr. Józefem Buzkiem (profesorem praw, twórcą projektu konstytucji wzorującej przyszły ustrój państwa polskiego na federacyjnych rozwiązaniach systemu amerykańskiego). Można spotkać stanowiska wskazujące na to, że istniały dwa projekty, a Sejm Ustawodawczy uchwalił ustawę w brzmieniu projektu opracowanego przez Polski Komitet Plebiscytowy¹¹. Wydaje się jednak, że różnice między nimi występujące mają charakter czysto formalny. W jednym i drugim projekcie wyraźnie przebija koncepcja rozwiązań projektu konstytucji Józefa Buzka.

Efekt pośpiechu prac nad przygotowywaną ustawą można dostrzec, oceniając stopień precyzyjności zawartych w niej sformułowaniach. To, co stanowiło o niedociągnięciach i lukach prawnych, w sposób oczywisty wpływało na praktykę konstytucyjną w działalności władz autonomicznych. Powodowało to liczne spory o autonomię, które nie zawsze miały charakter wyłącznie polityczny. Pojawiały się liczne spory o charakterze prawnym. W dużym stopniu

⁹ Tak to przedstawiał K. Wołny: „Gazety niemieckie głosiły z dnia na dzień upadek polskiego państwa sezonowego”, zob. Idem: *Geneza statutu autonomicznego Województwa Śląskiego*. „Głos Prawników Śląskich. Organ Śląskiego Towarzystwa Prawniczego” 1937, nr 1, s. 12.

¹⁰ Bardzo wyraziście akcentował to poseł sprawozdawca, autor podstawowego tekstu projektu statutu organicznego dr J. Buzek, którego argumenty zawierały wyliczenie powodów, dających się podsumować zdaniem: „Przede wszystkim miarodajnym był wzgląd na sytuację obecną na Górnym Śląsku”. Sprawozdanie Stenograficzne z posiedzenia Sejmu Ustawodawczego, pos. 164 15 VII 1920, I. CLXIV/12—13. W: *Materiały do ustawy konstytucyjnej z dnia 15 lipca 1920 r. zawierającej Statut Organiczny Województwa Śląskiego*. Mikołów 1922, s. 78.

¹¹ J. Ciągwa: *Autonomia Śląska w okresie II Rzeczypospolitej*. [Warszawa] 1990, s. 219.

obejmowały zagadnienia związane z zakresem wpływu organów centralnych na procesy decyzyjne, podejmowane przez organy autonomiczne województwa śląskiego, głównie zaś na ustawodawstwo śląskie¹². Właśnie te kompetencje ustawodawcze gwarantowały województwu daleko idącą niezależność w ramach ustroju państwa polskiego. Były to bez wątpienia najistotniejsze elementy systemu ustrojowego.

Rodzi się pytanie natury zasadniczej: w jakim stopniu zakres definiowany w ustawie konstytucyjnej z 15 lipca 1920 r., jako sprawy samorządne, czyniąc z województwa śląskiego system o charakterze autonomicznym, naruszały zasady podstawowe, na których oparto system ustrojowy uchwalonej osiem miesięcy później Konstytucji marcowej? W głównej mierze chodzi tutaj o zasadę jednolitości państwa.

Nie kwestionuje się w literaturze przedmiotu tezy, że II Rzeczypospolita była państwem o charakterze unitarnym, aczkolwiek do pełnej unifikacji zarówno prawa, jak i instytucji ustrojowych, eliminujących wszystkie odrębności dawnych dzielnicowych partykularizmów, nie udało się w krótkim okresie istnienia tego systemu doprowadzić. Będą one obejmowały aspekty polityczne, gospodarcze, instytucjonalne, społeczne, narodowościowe, religijne, a także wiele innych, nie zawsze dających się zdefiniować zagadnień. Żadna z tych kwestii jednak nie wykazywała tak oczywistych i dalekosiężnych różnic jak istnienie autonomicznego województwa śląskiego.

Ocena zjawiska nie może być jednorodna, zważywszy na złożoność skutków, jakie temu zjawisku należy przypisać. Odstępstwo od zasady jednolitości systemu ustrojowego państwa w okresie budowania jego struktury po ponad stuletnim niebycie musi budzić kontrowersje. Tym samym okoliczności wywołujące określone zjawiska, jak i ludzie tworzący dane rozwiązania mogą podlegać ocenom zróżnicowanym. Stosunek do autonomii Śląska bywa ujmo-

¹² W zakresie analizującym ten problem komplementarnym dziełem jest praca Józefa Ciągwy: *Wpływ centralnych organów Drugiej Rzeczypospolitej na ustawodawstwo śląskie w latach 1922—1939*. Katowice 1979. Profesor J. Ciągwa jest jedynym badaczem tematyki ustrojowej województwa śląskiego, który w tak szerokim zakresie oraz w tak różnorodnych aspektach przedstawia złożoność systemu powszechnie nazywanego autonomicznym. Jednocześnie warto zwrócić uwagę na głos jednego ze współautorów Statutu Organicznego — Konstantego Wolnego, który stwierdził, wypowiadając się na temat ustawy z dnia 15 lipca 1920 r., że: „Ustawa ta zawiera autonomię, czyli samorząd dla Śląska, daje Śląskowi własny sejm, który będzie dla województwa śląskiego uchwałal prawa, i wylicza te dziedziny ustawodawstwa, w których tylko Sejm Śląski będzie dla Śląska mógł uchwalać prawo. O ile się Śląsk sam będzie rządził, o tyle będzie niezależnym od Warszawy, będzie autonomicznym”, zob. K. Wolny: *Autonomja Śląska*. Mikołów 1920, s. 2. To na Wolnym spoczywało merytoryczne opracowanie samorządowej wersji Statutu, realizowanej w ramach Polskiego Komisariatu Plebiscytowego, zob. A. Drogoń: *Autonomia województwa śląskiego w pracach Klubu Chrześcijańskiej Demokracji w I Sejmie Śląskim*. Katowice 2003, s. 59. K. Wolny jako pierwszy stał się komentatorem ustawy konstytucyjnej, zawierającej Statut Organiczny. Zob. J. Ciągwa: *Konstantego Wolnego wizja autonomii Śląska*. W: „Z Dziejów Prawa”, cz. 3. Katowice 2002, s. 142.

wany jako probierz, pozwalający na wskazanie postaw politycznych, które można oceniać w kontekście realizacji zasad wyznaczanych polską racją stanu. Rzecz w tym, w jaki sposób owa racja jest określana i jak ją należy rozumieć. W okresie po pierwszej wojnie światowej jednym z wyznaczników właściwego rozumienia tego zjawiska było dążenie do umacniania polskich wpływów na terenach pogranicza, eliminacja zaborczych pozostałości, dążenie do unifikacji społecznej i ustrojowej. W takim rozumieniu autonomia, przyznana jakiemś terytorium mogła być postrzegana w kategoriach separatyzmu, rodzącego skutki sprzeczne z tąże polską racją stanu. Tym samym ludzie oraz ugrupowania, realizujące cele zmierzające do utworzenia jak i obrony takiego systemu, mogą być traktowani jako kontrowersyjni, a nawet w kategoriach podmiotów działających sprzecznie z interesami polskimi. Argument powyższy łatwo wykorzystać w celu zdyskredytowania określonego ugrupowania politycznego czy też danej osoby.

Taki stan rzeczy w pełni uzasadnia dyskusje, które toczyły się w okresie dwudziestolecia międzywojennego, wskazujące sprawę autonomii jako zarzewie konfliktów pomiędzy władzami centralnymi a podmiotami wojewódzkimi. Nie można jednak pominąć wszystkich aspektów i zachowań, towarzyszących tej sprawie od początku zaistnienia po kres autonomii, szczególnie zaś sytuacji, jaka zaistniała po uchwaleniu Konstytucji kwietniowej. *Ustawa konstytucyjna zawierająca statut organiczny* nie budziła tak wielu negatywnych emocji zarówno w środowiskach regionalnych, jak i centralnych w czasie jej powstawania. Dowodem na to może być tryb przyjęcia ustawy przez Sejm Ustawodawczy bez głosów sprzeciwu. Głosy wstrzymujące się nie mogą być traktowane jako bezwzględna dezaprobata. Podobnie, a raczej jeszcze bardziej jednoznacznie, widoczne to jest w analizie przyjęcia pierwszej, ocenianej jako najważniejszej poprawki w dniu 8 marca 1921 r. Bardzo ważna jest data, a więc na kilka dni przed przyjęciem Konstytucji marcowej. Poprawki zostały wprowadzone jednomyślnie. Tym samym posłowie nie tylko akceptowali szeroko ujęte prawa samodzielnego funkcjonowania przyszłego województwa, ale i nie dostrzegali jakichkolwiek sprzeczności pomiędzy rozwiązaniami tam zawartymi, a rozwiązaniami zawartymi w już prawie gotowej Konstytucji marcowej¹³. Oznacza

¹³ Należy pamiętać, że przyjmując *Ustawę konstytucyjną w dniu 15 lipca 1920 r. zawierającą statut organiczny województwa śląskiego* pojawiły się w Sejmie Ustawodawczym głosy wstrzymujące się. Nie było jednak głosów przeciwnych. Jednomyślność podczas głosowania nad poprawkami zawartymi w pierwszej noweli, rozszerzającymi zakres praw samorządnych miejscowej ludności w dniu 8 marca 1921 r., może co najmniej potwierdzać tezę, że po upływie półrocza postawa posłów Sejmu Ustawodawczego nie była przypadkowym zachowaniem. Ponadto należy pamiętać, że głosowanie w sprawie poprawki miało miejsce w czasie bardzo zaawansowanych, wręcz finalizowanych prac nad konstytucją RP, która została przegłosowana dziewięć dni później. Tym samym uprawnionym wydaje się sąd, że posłowie nie dostrzegali sprzeczności między zasadami przyszłej Konstytucji marcowej, a wyraźnie odbiegającej od zasady równości wszystkich obywateli reguły, pozwalającej na używanie preferencji przy za-

to, że przyjmowali z całą świadomością i akceptowali odrębność od zasady jednolitości państwa, zawarte w systemie ustrojowym województwa śląskiego.

W systemach ustrojowych państw o charakterze nie unitarnym jednym z zasadniczych problemów władzy jest rozwiązanie wzajemnych relacji, jakie zachodzą pomiędzy poszczególnymi częściami składowymi, budującymi państwo. Problem ma wymiar szeroki z uwagi na to, że w organizmach o charakterze nie unitarnym mogą występować rozwiązania przypominające państwo związkowe o federacyjnym charakterze, czy też związki państw zbliżone do klasycznych konfederacji. W rozwoju historycznym, na gruncie europejskim, w okresie konstytucyjnym, można wskazać przykłady zarówno federacyjnych, jak i konfederacyjnych rozwiązań łączących grupy państw. Doświadczenia historyczne mogą tym samym nasuwać różne skojarzenia. Nie ulega wątpliwości, że powinny być źródłem analiz, pozwalających na próby odrzucenia tego, co mniej korzystne, i sięgania po to, co może wydać się bardziej pożądane w szukaniu rozwiązań współczesnych. Bardzo ważne jest szukanie konsensusu, pozwalającego, z jednej strony, zachować odrębności kulturowe i specyfikę miejscową poszczególnych narodów i innych grup (na przykład etnicznych), z drugiej jednak wskazać wspólne, uniwersalne treści, które pozwolą na zachowanie tych odrębności w dążącym do uniwersalizacji systemów społecznych w świecie.

Ważne staje się poszukiwanie takich rozwiązań i mechanizmów, które pozwolą przenieść na grunt konkretnej sytuacji społecznej ciężar budowy rozwiązań akceptowanych przez zdecydowaną większość określonej społeczności. Wydaje się, że takie właśnie zapatrywania stanowiły o kierunkach polityki ówczesnych propaństwowych sił politycznych, kształtujących restytuowane Państwo Polskie.

Nie powinno budzić wątpliwości, że cel taki może zostać osiągnięty jedynie dzięki jak najszerszej decentralizacji. Musi ona mieć charakter instytucjonalny, gdyż tylko w takich ramach zdolna będzie oprzeć się zinstytucjonalizowanym, materialistycznym procesom¹⁴.

trudnianiu urzędników administracji rządowej. Wyniki głosowania nad przedmiotową poprawką zobacz: Sprawozdanie stenograficzne z 216 posiedzenia Sejmu Ustawodawczego, 8 marca 1921 r. łam CCXVI/39—41.

¹⁴ Należy pamiętać, że te procesy, mimo tego, że często odwołują się do gry rynkowej, opartej na kanonach liberalnych w rzeczywistości, dzięki korporacyjnemu charakterowi, mają wymiar mocno scentralizowany, dla przeciętnego człowieka wręcz nieodczuwalny, ale stanowiący permanentne zagrożenie. Podobnie ze zjawiskami stanowiącymi przedmiot naszego zainteresowania. Nawet głęboko zakorzenione wartości kulturowe, religijne, narodowe, pielęgnowane w indywidualnym, rodzinnym wymiarze mogą ulec poważnemu osłabieniu, a nawet zatraceniu bez instytucjonalnego wsparcia. Historia wskazuje szereg przykładów trwania narodu bez państwa, któremu udało się zachować tożsamość, chociażby przykład Polski od połowy wieku XVIII po kres pierwszej wojny światowej. Można jednak z łatwością wskazać szereg przykładów, gdzie brak instytucjonalnych podstaw rodził niebezpieczeństwo zaniku odrębności

Pytanie, jak stworzyć ramy instytucjonalne, gwarantujące szeroko zakrojoną decentralizację, przy zachowaniu odrębności społecznych, w tym kulturowych i religijnych, w ramach wszechogarniającego globalizmu? Może warto zastanowić się nad rozwiązaniami historycznymi, które w przeszłości próbowały godzić różne sprzeczności w celu zachowania określonego konsensusu, właściwego dla budowania pokoju społecznego z jednej strony, ale i kształtowania pozytywnych relacji rozwojowych dla poszczególnych grup społecznych, charakteryzujących się odrębnościami religijnymi i kulturowymi z drugiej strony.

Przykłady takich rozwiązań znane są na gruncie polskim. Są to przykłady polskich doświadczeń autonomicznych, funkcjonujących na różnych obszarach, w różnych okresach, ale wzajemnie się uzupełniających, od początku lat sześćdziesiątych XIX w. po wybuch drugiej wojny światowej. Należą do nich przykłady najbardziej znaczące w polskiej myśli polityczno-prawnej, czyli system ustrojowy autonomii galicyjskiej i autonomii śląskiej.

W okresie międzywojennym województwo śląskie nie było jedynym obszarem autonomicznym w Europie. Spopularyzowano ideę, która może rodzić różne konsekwencje, czasem wręcz skrajnie niebezpieczne zagrożenia¹⁵. System ustrojowy, funkcjonujący w okresie II RP na ziemiach śląskich (Górny Śląsk i Śląsk Cieszyński), negatywnych skojarzeń nie może rodzić, gdyż pozostawił po sobie, po dzień dzisiejszy wiele przykładów potwierdzających świetność i możliwości rozwojowe tego regionu, właśnie dzięki zastosowanym rozwiązaniom autonomicznym. Nie ulega wątpliwości, że w okresie międzywojennym to najmniejsze województwo II RP było najbardziej dynamicznie rozwijającym się regionem Polski. Skala problemów — nie tylko gospodarczych, ale i społecznych, narodowych czy też religijnych — zdaje się również mniejsza aniżeli w innych regionach Polski w tym okresie. Trudno wskazywać zjawiska negatywne, które byłyby skutkiem autonomii.

Pomijam czysto propagandowe odniesienie, wskazujące, że autonomia była załączkiem i podstawą działań separatystycznych, służących Niemcom do realizacji celów destabilizujących pozycję Polski na tych terenach. Trudno znaleźć związek logiczny pomiędzy takimi tezami a systemem ustrojowym gwarantującym temu regionowi autonomię. Ustrój autonomiczny został wprowadzony przez Sejm Ustawodawczy II RP. Głównymi kreatorami i twórcami tego rozwiązania byli ludzie powiązani z polskimi stronnictwami narodowymi i chadeckimi. Najgorliwszymi obrońcami autonomii w okresie, kiedy próbo-

kulturowych, bez istnienia których trudno wyobrazić sobie rozwój społeczny. Wystarczy wskazać na huculszczyznę czy też Karaimów w naszym kręgu kulturowym, czy też na zanikający naród tybetański.

¹⁵ Przykładowo doświadczenia baskijskie rodzą raczej negatywne skojarzenia, utożsamiane z wykorzystywaniem zaistniałej sytuacji w celach separatystycznych, dla których wykorzystywano — w pewnym okresie bardzo szeroko — metody terrorystyczne. Warto również zwrócić uwagę na doświadczenia Katalonii w czasie Republiki Hiszpańskiej.

wano ją znieść, byli przedstawiciele polskiej partii chadeckiej. W okresie autonomicznym wielokrotnie wnoszono skargi ze strony środowisk niemieckich do międzynarodowych podmiotów rozjemczych na władze autonomiczne, które miały działać na szkodę ludności niemieckiej, zamieszkującej województwo śląskie. Dodatkowo pamiętać należy, że art. 1 statutu organicznego bardzo wyraźnie podkreślał, że województwo to **jest nieodłączną częścią składową** Państwa Polskiego. Jak te proste argumenty pogodzić z tezą mówiącą o tym, że autonomia została wprowadzona po to, aby ułatwić separatystom działania antypolskie, ukierunkowane na współdziałanie ze stroną niemiecką?

Podnoszono wcześniej, że system autonomiczny był wynikiem gry propagandowej, rozgrywanej przez strony zbliżającego się plebiscytu, który miał zdecydować o przynależności tych ziem do Polski lub do Niemiec. W praktyce wykształcona została jednak instytucja ustrojowa, która była prawdziwą szkołą samorządzenia i przykładem tego, w jaki sposób szeroka decentralizacja może przekładać się na pozytywne mechanizmy władzy, skutkujące trwałymi osiągnięciami. Była również wręcz fenomenalnym przykładem tego, jak na terytorium, na którym przez sześć wieków nie było jakichkolwiek podmiotów władzy oraz instytucji polskich, można było w ciągu kilkunastu lat doprowadzić nie tylko do zatarcia śladów wcześniejszej germanizacji, ale i stworzyć podwaliny bardzo silnych podstaw narodowych polskich. Obszar całkowicie pozbawiony polskiej inteligencji zaowocował powstaniem setek polskich szkół, od poziomu podstawowego poczynając, na zaczynach szkół wyższych kończąc. Procesy świadomościowe, społeczne, które na ogół wymagają wielopokoleniowych działań, na tym terenie zaistniały w ciągu kilkunastu lat!

Statut organiczny, zawierający podstawy autonomii dla Śląska, został ustanowiony wówczas, gdy województwo śląskie jeszcze nie istniało. Nie sposób było przewidzieć, jakie konkretne terytorium będzie obejmowało. Wskazywano jedynie, że będą to ziemie przyznane Polsce w wyniku międzynarodowych ustaleń czy to z terytorium Śląska Cieszyńskiego, czy też przyznane Polsce w wyniku mającego odbyć się na terytorium Górnego Śląska plebiscytu.

Ponownie warto przypomnieć, że decyzja o ustanowieniu dla Śląska autonomii była odpowiedzią na pojawiające się koncepcje o neutralizacji i usamodzielnieniu Górnego Śląska, sygnalizowane pod koniec pierwszej wojny światowej w Niemczech. Zostały one skonkretyzowane niemiecką ustawą uchwaloną 14 października 1919 r. przez Pruskie Zgromadzenie Krajowe. Ustawa ta odchodziła od wizji samodzielnego państwa górnośląskiego na rzecz koncepcji ścisłego związku Górnego Śląska z Niemcami, opartego na ograniczonej autonomii. Nie ulega wątpliwości, że niemiecka ustawa stanowiła akt propagandowy w okresie przedplebiscytowym.

Polska ustawa autonomiczna Śląska została uchwalona z myślą o jej górnośląskiej części. Włączenie Śląska Cieszyńskiego do terytorium województwa śląskiego stanowiło dodatkowy element, być może wpływający z tego,

że głównym kreatorem konstrukcji prawnej autonomii był związany z tymi ziemiami dr Józef Buzek. Nie sposób jednak przyjąć, że, mówiąc o autonomii, miał on na myśli tworzenie podmiotu separatystycznego. Wręcz przeciwnie — bardzo wyraźnie widać, że uprawnienia oparte na szerokiej decentralizacji miały być wynikiem dojrzałości tych, którzy będą korzystali z przypisanych im praw **samorządzenia się** („O ile się Śląsk sam będzie rządził, o tyle będzie niezależnym od Warszawy”).

Ważnym rozwiązaniem, umożliwiającym zaakceptowanie w wymiarze prawnomiędzynarodowym modelu ustrojowego Śląska, a tym samym zaakceptowania wyników plebiscytu było zawarcie konwencji genewskiej pomiędzy Polską a Niemcami, co nastąpiło 15 maja 1922 r. Zawarcie konwencji miało na celu złagodzenie trudności prawnych, gospodarczych i społecznych, które były wynikiem podziału Górnego Śląska. Należy jednak podkreślić, że ustawa autonomiczna województwa śląskiego dotyczyła całego województwa śląskiego, natomiast konwencja obejmowała tylko część górnośląską. Autonomia nie była więc zależna od konwencji genewskiej, istniała przed jej zawarciem jak i po jej wygaśnięciu¹⁶, niemniej stanowi, ze strony polskiej, kolejne potwierdzenie, jak dużo determinacji w polskich elitach władzy towarzyszyło jej wprowadzeniu w życie. Trzeba pamiętać, że w odniesieniu do innych ziem, przejętych z rąk niemieckich, takich konwencji nie podpisywano.

Z chwilą gdy wygasła konwencja genewska uwolnione zostały niektóre uprawnienia samorządu śląskiego. Zlikwidowano przeszkodę do swobodnej regulacji prawnej na obszarze części górnośląskiej województwa śląskiego, które w konwencji zapisane zostały w art. 1—3.

W okresie piętnastu lat obowiązywania konwencji genewskiej uwidaczniały się ujemne skutki braku możliwości unifikacji prawnej części górnośląskiej z ustawodawstwem ogólnopolskim. W tym czasie ustawodawca — zarówno Sejm Rzeczypospolitej, jak i Sejm Śląski — nie mógł wykraczać w swej działalności poza uregulowania zawarte w konwencji.

Obowiązująca konwencja oznaczała między innymi utrzymanie przez 15 lat niemieckiego ustawodawstwa socjalnego, będącego na dość wysokim poziomie, a więc korzystniejszego dla grup pracujących. Fakt ten wywołał występujące w połowie 1937 r. w województwie śląskim nasilenie żądań zachowania ustawodawstwa socjalnego gwarantowanego przez konwencję genewską z możliwością objęcia nim całej Polski¹⁷. Od władz II Rzeczypospolitej wymagano, aby podczas unifikacji prawnej z górnośląską częścią województwa śląskiego nie wykraczać poza warunki określone w konwencji.

¹⁶ J. Ciągwa: *Wpływ centralnych organów Drugiej Rzeczypospolitej...*, s. 43.

¹⁷ H. Rechowicz: *Walka o antyfaszystowski front ludu śląskiego 1935—1937*. Katowice 1958, s. 104.

Na podstawie uchwalonego w roku 1920 statutu organicznego, województwo śląskie nabyło **prawa samorządne**, gwarantujące w praktyce rozległą autonomię. Zasady te obowiązywały do końca II Rzeczypospolitej. Przyznanie autonomii na długo przed ustaleniem ostatecznej granicy polsko-niemieckiej miało służyć przede wszystkim neutralizacji niemieckich wpływów przed plebiscytem. Statut organiczny dotyczył tym samym obszarów Śląska, należących wcześniej do Prus, jak również do Austrii (Śląsk Cieszyński nie stanowił ziem byłego zaboru austriackiego).

Fundamentem sprawnego funkcjonowania województwa śląskiego jako jednostki samorządnej¹⁸, nazywanej powszechnie autonomiczną¹⁹, były trzy instytucje: Sejm Śląski, Śląska Rada Wojewódzka oraz Skarb Śląski. Bardzo wyraźnie wskazano, że przyszłe województwo śląskie będzie „nieodłączną częścią składową Rzeczypospolitej Polskiej”²⁰, co zdawało się jednoznacznie przekreślać wszystkie próby utożsamiania tej struktury z jakąkolwiek wizją separatyzmu. W praktyce prawa te czyniły nowo powstającą jednostkę terytorialną strukturą opartą na systemie autonomicznym, aczkolwiek termin „autonomia” w którymkolwiek przepisie ustawy konstytucyjnej nie był przywołany.

Terminy „system samorządny”²¹ oraz „ustrój autonomiczny” mogą być używane przemienne, z zachowaniem uwagi, że określeniem, które dla prawnika powinno być wiążące, gdyż wypływa z terminologii ustawowej, zawartej

¹⁸ Takiej nomenklatury dla określenia pozycji prawnej województwa śląskiego używa *Ustawa konstytucyjna z dnia 15 lipca 1920 r. zawierająca statut organiczny województwa śląskiego* (Dz.U. R.P. nr 75, poz. 497), której art. 1 przyjął brzmienie: „Województwo Śląskie będzie obejmowało wszystkie ziemie Śląskie przyznane Polsce czy to ze Śląska Cieszyńskiego, czy też na mocy art. 88 Traktatu Wersalskiego z Niemcami z 28 czerwca 1919 r. Województwo będzie nieodłączną częścią składową Rzeczypospolitej Polskiej i będzie posiadało prawa samorządne stosownie do przepisów niniejszego statutu organicznego”.

¹⁹ Zakres praw samorządnych czynił w praktyce z województwa śląskiego strukturę autonomiczną. Pomimo tego, że termin „autonomia” w przepisach ustawy konstytucyjnej nie jest przywołany. Nie oznacza to, że był pomijany w języku prawniczym. Powszechnie był używany nie tylko w języku codziennym, w publicystyce, ale i w języku prawniczym w okresie międzywojennym. Używali go twórcy projektu wypracowanego przez komisję samorządową Polskiego Komisariatu Plebiscytowego, np. Konstanty Wolny używa tego terminu niemalże zawsze, odnosząc się do systemu ustrojowego, zob. np.: Idem: *Geneza statutu autonomicznego...*; Idem: *Kilka słów o autonomii śląskiej*. „Polonia” 1932, nr 2764. Podobnie inny prawnik, członek podkomisji samorządowej, opracowującej w ramach Polskiego Komisariatu Plebiscytowego dla Górnego Śląska projekt statutu organicznego, Paweł Kempka: *Jak Górny Śląsk otrzymał autonomię...* Od tego nurtu pojęciowego odbiega jedynie praca Józefa Kokota: *Zakres działania województwa śląskiego jako jednostki samorządu terytorialnego*. Katowice 1939.

²⁰ Zob. art. 1 *Ustawy konstytucyjnej z dnia 15 lipca...*

²¹ Termin „prawa samorządne” nie występował w innych aktach prawnych okresu międzywojennego, można wręcz przyjąć tezę, że był obcy językowi prawnemu, aż do czasu statutu organicznego. Nie był też znany w nauce prawa, jak i w doktrynie. Jeden z komentatorów i interpretatorów *Ustawy konstytucyjnej z 15 lipca 1920 r.*, dr Włodzimierz Dąbrowski wyjaśnia jego sens w sposób następujący: „[...] termin nie znany w terminologii naukowej, ukuty ad hoc,

w akcie konstytucyjnym — jest określenie: system oparty na prawach samorządnych.

Niezależnie od tego, której z wskazanych wyżej nazw będziemy używali, w jej istocie, w warstwie znaczeniowej, będzie mieściła się szeroka forma decentralizacji, postrzegana jako zakres kompetencji przypisanych dla ściśle określonej zbiorowości, charakteryzujący się szeroko określonym stopniem możliwości realizacji celów, jakie społeczność lokalna uznaje za najbardziej pożądane. Ten zakres będzie dalece wychodził poza ramy przypisane różnym formom samorządu zarówno w prawnonaturalnym, jak i pozytywistycznym rozumieniu. W procesie ustrojowym oznacza on legitymację do sprawowania władzy wykonawczej i administracyjnej przez organa wybieralne, ale nade wszystko deleguje uprawnienia do sprawowania władzy ustawodawczej gwarantowanej zasadami określonymi w ustawie konstytucyjnej.

Znane modele rozwiązań autonomicznych pozwalają na wyodrębnienie różnych form, poczynając od wąsko ujętej, sprowadzającej charakter autonomii do najbardziej rozwiniętej formy samorządu, po szeroko rozbudowany system, pozwalający postrzegać w autonomii system ustrojowy, zbliżony do struktury federalnej. Niezależnie od różnego sposobu postrzegania, zawsze zakres przypisanych spraw będzie charakterystyczny dla szeroko rozumianej decentralizacji systemu ustrojowego, funkcjonującego w strukturze państwowej²². Wyróżnikiem pozwalającym na odróżnienie jednostki autonomicznej od państwa jest brak suwerenności po stronie jednostki autonomicznej; innymi słowy: autonomia nie może zakładać suwerenności zarówno w wymiarze zewnętrznym, jak i wewnętrznym, która to suwerenność, ze swej natury zawsze będzie przypisana jednostce państwowej, o ile jednostka ta funkcjonuje jako niepodległy byt.

Stosunek do rozwiązań autonomicznych na Polskim Śląsku różnie był ujmowany przez różne siły polityczne i społeczne II RP, w zależności od zmieniającej się sytuacji w kraju oraz zmian w układzie sił politycznych obozu rządzącego. Najlepiej to oddaje w województwie śląskim zapoczątkowany po 1926 r. permanentny konflikt pomiędzy nowym, pozostającym na urzędzie do końca II RP, piłsudczykowskim wojewodą dr. Michałem Grażyńskim, a obozem opozycji, posiadającym dominujące wpływy w Sejmie Śląskim. Był on skupiony wokół Wojciecha Korfatego. Pomimo wyrazistego osłabienia opozycji w latach trzydziestych, spór ten pozostanie w świadomości mieszkańców województwa trwałym symbolem sprzeczności, jakie zachodziły w ocenie rozwiązań ustrojowych, zawartych w ustawie konstytucyjnej z 15 lipca 1920 r. pomiędzy zapatrywaniami władz centralnych, z którymi

prawdopodobnie, ażeby objąć temi dwoma wyrazami i autonomię i samorząd, o których wspomina nagłówek działu II (Kompetencja ustawodawstwa i samorządu śląskiego)". Zob. Idem: *Zbiór praw konstytucyjnych Województwa Śląskiego*. Katowice 1922, s. 56.

²² O rozumieniu autonomii w kontekście rozwiązań śląskich w okresie dwudziestolecia międzywojennego zob. m.in. J. Ciągwa: *Autonomia Śląska...*, s. 3.

utożsamiano politykę Grażyńskiego, a miejscowymi środowiskami politycznymi i społecznymi.

Konflikt wokół ustroju autonomicznego przybierał wymiar bardziej praktyczny aniżeli doktrynalny. Pojawiały się głównie w czasie prac nad budżetem oraz sposobem rozliczeń pomiędzy Skarbem Śląskim a Skarbem Państwa. Chodziło o obliczanie kwoty, jaką Skarb Państwa miał otrzymać z województwa śląskiego tytułem tangenty²³.

Spory te wpisywały się bardzo czytelnie w zakres wpływu, jaki wywierały instytucje centralne na ustawodawstwo wojewódzkie. Na Śląsku odczytywano to jako próby ograniczania czy wręcz likwidacji autonomii. Z tej racji spotykały się ze zdecydowanym odporem ze strony dominującego w Sejmie Śląskim ugrupowania chadeckiego, reprezentującego wyraźnie narodowe zapatrywania. Podkreślano to już wcześniej, że autonomia województwa śląskiego miała w chadeczkach gorących zwolenników. Daleko tym rozwiązaniom ustrojowym było do tendencji separatystycznych, gdyż tendencje te chadecja programowo bardzo ostro zwalczała, stojąc twardo na gruncie interesu narodowego oraz wartości religii katolickiej. Tak też należy odczytywać prezentowane stanowisko. Było ono konsekwencją dobrze rozumianych interesów Państwa Polskiego na Górnym Śląsku. Uzasadnieniem takiej postawy może być teza, że działacze chadecy, a w szczególności W. Korfanty, zdawali sobie sprawę z tego, iż obrona **praw samorządnych** Śląska jest najlepszą drogą do zlikwidowania procesu germanizacyjnego tutaj występującego, a tym samym czynnikiem pozwalającym na stopniową unifikację z pozostałymi ziemiami polskimi na wielu płaszczyznach, poczynając od prawnej po społeczną. Jednocześnie dążono do unikania sporów narodowościowych na tym terenie. Łatwo sobie wyobrazić wykorzystywanie sporów narodowościowych jako działań sprzecznych z obowiązującą do 1937 r. Konwencją genewską o Górnym Śląsku²⁴.

W tym rozumieniu obrona autonomii postrzegana była jako czynnik pozwalający na działania, które nie tyle miały doprowadzić do separatyzmu dzielnicowego na Śląsku, lecz wręcz przeciwnie do zatarcia tych różnic, któ-

²³ Sprawy związane z instytucją śląskiej tangenty zostały nakreślone przez J. Ciągwę: *Kontrowersje wokół tangenty*. W: *Podstawy materialne państwa. Zagadnienia prawno-historyczne*. Szczecin 2006, s. 139—163. Sama zaś instytucja algorytmu rozliczeń pomiędzy częściami państwa a jego całością nie była zjawiskiem nowym, miała solidne opracowanie, oparte na wielu doświadczeniach rozwiązań praktycznych, znanych w Europie w XIX w. i XX w., które zostały gruntownie przeanalizowane przez profesora Uniwersytetu Jagiellońskiego, późniejszego wiceministra skarbu, Romana Rybarskiego. Szeroką analizę przedstawił on w wydanej w Warszawie monografii pt. *Prawno-skarbowe podstawy ustroju państw związkowych unii i autonomii państwowych*. Warszawa 1916.

²⁴ Konwencja genewska o Górnym Śląsku została ogłoszona i obowiązywała na gruncie polskim po opublikowaniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej jako *Ustawa z dnia 24 maja 1922 r. w przedmiocie ratyfikacji konwencji niemiecko-polskiej dotyczącej Górnego Śląska, podpisanej w Genewie dnia 15 maja 1922 r.* (Dz.U. Rz.P., nr 44, poz. 370).

re były pozostałością panowania niemieckiego. Trudno taką postawę uznać za sprzeczną z polską racją stanu.

Zaznaczone wyżej przykłady obrazujące spory, wskazują na różnice w podejściu do zakresu praw samorządnych, jakie przypisano województwu śląskiemu. Przez długi okres brakowało jednak poważnej debaty doktrynalnej, prawniczej dyskusji, postulującej określenie wzajemnych relacji pomiędzy organami centralnymi a władzami autonomicznymi — głównie Sejmem Śląskim, dotyczącej zakresu niezależności systemu ustrojowego województwa śląskiego²⁵.

W praktyce, aż do czasu planowanych zmian systemu konstytucyjnego w Polsce w latach trzydziestych, nie wypłynęła ze strony liczących się i wpływowych prawniczych, politycznych czy też innych społecznych środowisk, inicjatywa poważnej dyskusji na temat ówczesnego stanu i nowych rozwiązań dotyczących praw samorządnych, które oznaczałyby dążenia do modyfikacji czy też likwidacji autonomii wojewódzkiej.

Dziwi brak doktrynalnej dyskusji, mogącej stanowić podstawę pożądaných zmian, zważywszy że już w momencie tworzenia tych konstrukcji prawnych, wydawało się oczywiste, że proces budowy wojewódzkich instytucji ustrojowych musi być rozłożony na etapy. Wymóg dalszych prac legislacyjnych wpisany był w treść ustawy konstytucyjnej. Wypływało to wyraźnie z delegacji ustawowych, zawartych w statucie organicznym. Sprawą najważniejszą były regulacje ustrojowe, które miały być objęte ustawą o wewnętrznym ustroju województwa, często nazywaną śląską konstytucją²⁶. Statut organiczny nie mógł zawierać wszystkich szczegółowych, istotnych materii, właściwych dla funkcjonowania związku publiczno-prawnego²⁷, jakim było **samorządne woje-**

²⁵ W sprawozdaniu komisji do opracowania projektu reorganizacji administracji państwa z 1926 r. znalazło się m.in. takie zdanie: „Jednolitość samorządu gminnego od Pomorza aż do Wołynia ze stanowiska państwa nie jest rzeczą konieczną i nie jest wskazane”. Doktor Stanisław Druszkowski skomentował je w sposób następujący: „Uwaga ta ma zastosowanie nie tylko do ustroju gminnego. Jeżeli w państwie względnie jednolitym potrzebna i korzystna jest decentralizacja, to tym bardziej jest ona konieczna, a nawet w bardzo szerokim zakresie, w państwach złożonych z części różniących się znacznie pod względem gospodarczo-kulturalnym. W państwach tego typu jednolite dla całego terytorium ustawodawstwo nie tylko nie odpowiada interesom poszczególnych społeczności, ale nawet sprzeczne jest z interesem całości”. Zob. Idem: *Rozważania nad sprawą autonomii śląskiej*. „Głos Prawników Śląskich. Organ Śląskiego Towarzystwa Prawniczego” 1937, nr 1, s. 26.

²⁶ Zagadnienie to badał i omawiał J. Ciągwa w swoich publikacjach poświęconych systemowi ustrojowemu województwa śląskiego, w szczególności zaś w pracy: *Z dziejów prac nad ustawą o wewnętrznym ustroju województwa śląskiego*. „Przegląd Prawa i Administracji” 1977, T. 9.

²⁷ Katalog tych spraw zawiera przede wszystkim art. 14 *Ustawy konstytucyjnej z dnia 15 lipca 1920 r.* wskazując m.in. na określenie szczegółowego składu Sejmu Śląskiego, ordynację wyborczą i prawo wyborcze do Sejmu, sposobu uchwalania i ogłaszania ustaw śląskich, wprowadzenie referendum, ważniejsze kwestie ustroju Sejmu Śląskiego, Rady Wojewódzkiej oraz śląskiego urzędu wojewódzkiego i innych urzędów śląskich. Art. 15 określa zasadę pub-

wództwo. Poza materiałami przypisanymi do regulacji konstytucją śląską, pozostało szereg innych, ważnych spraw. Z ustrojowych problemów należy wskazać na unormowanie wykonywania inicjatywy ustawodawczej, precyzyjne określenie stanowiska prawnego Wojewody Śląskiego (przedstawiciel rządu na terenie województwa oraz przewodniczący Śląskiej Rady Wojewódzkiej, kontrola, zakres i zasady jego odpowiedzialności) i Śląskiej Rady Wojewódzkiej (ustalenie sposobu obsadzania, składu organu kolegialnego i sposobu podejmowania uchwał, zapewnienie kontroli nad legalnością uchwał Śląskiej Rady Wojewódzkiej), uregulowanie zasadniczej kwestii dotyczącej finansowania samorządu wojewódzkiego.

Zważywszy na skalę zagadnienia, nie dziwi to, że zarówno władze centralne, jak i wojewódzkie dążyły do najszerzego uwzględnienia interesów strony, którą reprezentowały. Nie budziło wątpliwości, że dobro było wspólne — problem sprowadzał się do tego, w jakim zakresie i w jakiej skali będzie ono dzielone i konsumowane zarówno przez wspólnotę wojewódzką, jak i wspólnotę ogólnopolską. Wydaje się, że ta ostatnia kwestia była najbardziej kontrolerska i trudna do przewyciężenia materią²⁸.

Zarysowane zagadnienia wydają się przedstawiać obraz potwierdzający tendencje dominujące w okresie międzywojennym, zgodnie z którymi w praktyce ustrojowej nie dostrzegano problemu w rozróżnianiu nazw stosowanych w języku prawniczym, jak i języku codziennego użytku, pomiędzy **prawami samorządowymi** województwa śląskiego, a **autonomią**. Z punktu widzenia materialno-prawnego należy przyjąć, że wskazane w art. 1 statutu organicznego prawa samorządne wyznaczają granice systemu ustrojowego, odpowiadającego systemom autonomicznym. Tym samym, rozpoznając sprawę z punktu widzenia materialnego, istniejące rozbieżności terminologiczne nie tworzą różnych instytucji ustrojowych. Pozostaje jednak pytanie, dlaczego w języku prawnym,

likacji i ogłoszenia tej ustawy jednocześnie w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej i Dzienniku Ustaw Śląskich, po podpisaniu przez Naczelnika Państwa oraz reguły zmian w niej dokonywanych. Dopełnieniem materii, która winna znaleźć się w konstytucji śląskiej jest art. 22, nakładający obowiązek określenia okresu wyborczego Sejmu Śląskiego, wskazując jednocześnie, że „Okres ten nie może trwać dłużej niż 5 lat, licząc od dnia otwarcia Sejmu”. Zob.: *Ustawa konstytucyjna z dnia 15 lipca...*

²⁸ Najbardziej drastycznie zostało to przedstawione w podsumowaniu, które przedstawiał jeden z głównych ekspertów, zajmujących się tematyką polityki skarbowej w województwie śląskim, dr Włodzimierz Dąbrowski. Wskazał on, że łącznie, w latach 1924—1938/39, do Skarbu Państwa wpłacono ze Śląska ponad 118,6 mln zł, gdy tymczasem jego wyliczenia pokazały, że pod koniec roku 1937/38 (na który to czas wpłacono 115 597 463,85zł), łącznie „tytułem tangenty obliczonej zgodnie z art. 5 statutu powinien był wpłacić Skarb Śląski 44 236 000 zł”. Łatwo dostrzec, że nadpłacono kwotę znacznie przekraczającą (ponad półtora raza — 71 361 463,85) kwotę obliczaną zgodnie z wzorem zawartym w dodatku do art. 5 *Statutu organicznego*. Zob. W. Dąbrowski: *Stosunek Skarbu Śląskiego do skarbu Państwa. Materiały*. Katowice 1939, s. 34—36.

języku ustawy konstytucyjnej, nie użyto w ani jednym przypadku określenia „autonomia”. Konsekwentne unikanie tej nazwy w języku przepisów prawnych rodzi doktrynalny problem rozumienia znaczenia takiego rozwiązania w ramach techniki legislacyjnej.

Andrzej Drogoń

Selbstständige politische Ordnung oder Autonomie der schlesischen Woiwodschaft? Doktrinärer Streit oder sei es verschiedene systempolitische Institutionen?

Schlüsselwörter: II. Republik Polen, schlesische Woiwodschaft, Dezentralisierung, Autonomie, Staatsystem

Zusammenfassung: Gesetzgebende Kompetenzen garantierten der schlesischen Woiwodschaft weitgehende Unabhängigkeit im Rahmen der polnischen Staatsordnung. Hier ist die Frage zu stellen, inwiefern der in der Verfassung vom 15. Juli 1920 als Selbstverwaltungssachen definierte Bereich, dem zufolge die schlesische Woiwodschaft zum autonomen Gebiet gemacht wurde, die Grundsätze der acht Monate später verabschiedeten Märzverfassung verletzte? Es geht hier in hohem Maße um Prinzip der Staatseinheit. Die Termini „selbstständiges System“ und „autonome politische Ordnung“ dürfen abwechselnd gebraucht werden, wobei die Bezeichnung „das auf selbstständige Rechte gründende System“ für den Juristen verbindlich sein sollte, da sie der im Grundgesetz verwendeten Terminologie entspringt.

Abgesehen davon, welche von den oben genannten Bezeichnungen angewandt wird, enthält sie in ihrer Bedeutungsebene weitreichende Dezentralisierung, verstanden als der einer bestimmten Gemeinschaft zugeschriebene Zuständigkeitsbereich, der durch weitreichende Möglichkeiten, die von lokaler Gemeinschaft meisterwarteten Ziele zu realisieren, gekennzeichnet ist.

Andrzej Drogoń

Silesian Voivodship — Self-Government or an Autonomy? A Doctrinal Dispute or Different Government Structures?

Keywords: Second Republic of Poland, Silesian Voivodship, decentralization, autonomy, structure of government

Summary: Legislative competences guaranteed the voivodeship far-reaching independence within the Polish state's system of government. A fundamental question arises as to what extent the scope of matters defined as self-governing by the constitutional bill of July 15, 1920, making the Silesian voivodship autonomous, breached the fundamental principles upon which the structure of government was based according to the March Constitution passed eight months

later. It is mainly the case of the state's uniformity. The terms a "self-governing system" and an "autonomous system of government" may be used interchangeably, noting that the binding phrase for a lawyer should be: a system based on self-governing laws, as it derives from statutory terminology.

Regardless of which of these terms we are going to use, they will contain in essence, in their semantic layer a broad form of decentralization, perceived as a scope of competences ascribed to a given community and giving a local community vast freedom to realize their most required goals.

KONRAD GRACZYK
Katowice

Ściganie sprawców kłamstwa katyńskiego w III Rzeszy

O odkryciu grobów polskich oficerów w Katyniu przez Niemców poinformowało berlińskie radio 13 kwietnia 1943 r.¹ Naturalnie sprawa ta stanowiła dla III Rzeszy okazję do uderzenia propagandowego i politycznego wyzyskania zbrodni katyńskiej. Niemiecka akcja propagandowa miała wówczas kilka celów. Po pierwsze, chodziło o wyzyskanie istniejącej wśród Polaków obawy przed komunizmem, toteż wojsko niemieckie było przedstawiane jako obrońca Zachodu, w tym Polski. Po drugie, podniesienie sprawy katyńskiej miało osłabić, a nawet ograniczyć i sparaliżować działania komunistów na ziemiach polskich. Po trzecie, zbrodnia katyńska miała być klinem służącym do rozbięcia integralności koalicji antyhitlerowskiej. Po czwarte, miała skutkować zdyskredytowaniem rządu RP na uchodźstwie w oczach społeczeństwa w kraju. Po piąte, miała przyczynić się do zaistnienia pomyślnych warunków dla werbunku siły roboczej w Generalnym Gubernatorstwie do pracy w Rzeszy. Po szóste, miała służyć uzasadnieniu trwającego Holocaustu poprzez przedstawienie zbrodni katyńskiej jako dzieła sowieckich Żydów². Niemieckie wysiłki — zwłaszcza w okupowanej Polsce — nie przyniosły zamierzonych rezultatów.

¹ A. Paul: *Katyń. Stalinowska masakra i tryumf prawdy*. Warszawa 2003, s. 11, 232; H. de Montfort: *Masakra w Katyniu. Zbrodnia rosyjska czy niemiecka?* Warszawa 1999, s. 21; J. Mackiewicz: *Katyń — zbrodnia bez sądu i kary*. Warszawa 1997, s. 77—79.

² P. Łysakowski: *Prasa niemiecka o Katyniu. Jak niemiecka propaganda przedstawiała w 1943 r. sprawę mordu popełnionego na polskich oficerach*. W: *Katyń. Problemy i zagadki*. Red. J. Jackl. Warszawa 1990, s. 88; P. Łysakowski: *Zbrodnia katyńska w kleszczach niemieckiej propagandy. (Prasa niemiecka o Katyniu)*. W: *Zbrodnia katyńska między prawdą a kłamstwem*. Red. M. Tarczyński. Warszawa 2008, s. 18—35.

Trafnie wyrażało to hasło ilustrujące odbiór po stronie polskiej: Katyń i Oświęcim — jednacy wrogowie³.

Kłamstwo katyńskie było bezpośrednim skutkiem odkrycia grobów polskich oficerów. W literaturze przedmiotu termin kłamstwa katyńskiego nie jest rozumiany jednolicie. Najbardziej rozpowszechnione, wręcz tradycyjne znaczenie tyczy się negowania sprawstwa Sowieców i przypisywania go stronie niemieckiej⁴. Jest to fałszywa, sowiecka wersja mordu na polskich jeńcach wojennych⁵. Po raz pierwszy pojawiła się ona w reakcji na niemiecki komunikat radiowy z 13 kwietnia 1943 r., że zbrodni wymordowania tysięcy oficerów polskich dopuścili się nie Sowieci, lecz Niemcy⁶. Co ciekawe, pojęciem „najbardziej łajdackie i podłe kłamstwo” — pod adresem niemieckim — posłużyli się sami Sowieci w komunikacie moskiewskiego radia z 15 kwietnia 1943 r.⁷. Urzędowa wersja sowiecka znalazła później oparcie w preparowanych wynikach badań prowadzonych przez komisję Nikołaja Burdenki, która wykazywała sprawstwo Niemców⁸. W niniejszym opracowaniu termin kłamstwa katyńskiego będzie rozumiany jako negowanie sprawstwa Sowieców i przypisywanie go Niemcom. Niezależnie od tego trzeba natomiast wskazać, że termin ten może dotyczyć również szczegółowych okoliczności zbrodni niedotyczących jej sprawstwa, na przykład przedstawienie przez Niemców nieprawdziwych twierdzeń co do grobów w Kozich Górach, polegających na zawyżeniu liczby odnalezionych ciał⁹, „przenoszenie” w czasie popełnienia zbrodni na jesień 1941 r.¹⁰, co wiązano także ze sprawstwem strony niemieckiej, podawanie nieprawdziwych danych liczbowych dotyczących ofiar¹¹ lub określanie sprawstwa strony sowieckiej jako „rzekomego”¹².

Jak wskazał Piotr Łysakowski, największe zainteresowanie problemem zbrodni popełnionej w Katyniu na polskich oficerach prasa niemiecka przejawiała w pierwszych tygodniach i miesiącach po ujawnieniu jej światowej opi-

³ P. Łysakowski: *Prasa niemiecka...*, s. 89.

⁴ K. Graczyk: *Wyrok niemieckiego Trybunału Ludowego z 1943 r. w sprawie kłamstwa katyńskiego*. „Z Dziejów Prawa” 2015, T. 8 (16), s. 13.

⁵ W. Wasilewski: *Kłamstwo katyńskie — narodziny i trwanie*. W: *Zbrodnia katyńska. W kręgu prawdy i kłamstwa*. Red. S. Kalbarczyk. Warszawa 2010, s. 69.

⁶ J. Mackiewicz: *Katyń — zbrodnia bez sądu...*, s. 163.

⁷ W. Wasilewski: *Kłamstwo katyńskie — narodziny i trwanie...*, s. 68.

⁸ A. Paul: *Katyń...*, s. 276—280; W. Wasilewski: *Kłamstwo katyńskie — narodziny i trwanie...*, s. 71.

⁹ P. Łysakowski: *Kłamstwo katyńskie*. „Biuletyn Instytutu Pamięci Narodowej” 2005, nr 5—6, s. 85—86.

¹⁰ Ibidem, s. 88.

¹¹ C. Król, P. Łysakowski: *Katyń w historiografii i propagandzie PRL*. „Łambinowicki Rocznik Muzealny. Jeńcy wojenni w latach II wojny światowej” 1992, nr 15, s. 104.

¹² Ibidem, s. 90, 93.

nii publicznej¹³. Jest to konstatacja o tyle istotna, że pozwala przypuszczać, że w społeczeństwie niemieckim, które zasadniczo czerpało wiedzę z reżimowej prasy kierowanej przez ministra propagandy Josepha Goebbelsa, kwestia zbrodni katyńskiej znajdowała szczególne zainteresowanie w tym samym okresie, tj. w ciągu kilku miesięcy od jej ujawnienia. Wynika z tego, że rozmowy codzienne na ten temat, inspirowane wiadomościami prasowymi, zasadniczo odbywały się w 1943 r. Nie oznacza to jednak, że Katyń nie mógł pojawiać się w rozmowach prywatnych także później. Rozmowy te zaś stanowiły sposobność do popełnienia kłamstwa katyńskiego.

Poszukiwania przeprowadzone w spuściźnie Trybunału Ludowego (*Volksgerichtshof*) oraz Naczelnego Prokuratora przy Trybunale Ludowym (*Oberreichsanwalt beim Volkshgerichtshof*) w Archiwum Federalnym w Berlinie (*Bundesarchiv*) z wykorzystaniem wyszukiwarki invenio pozwoliły na zidentyfikowanie trzech postępowań karnych, których przedmiot można określić jako kłamstwo katyńskie. W pierwszej sprawie, której poświęcono osobne opracowanie¹⁴, zachował się jedynie wyrok, w drugiej — zarówno akt oskarżenia¹⁵, jak i wyrok¹⁶, natomiast w trzeciej — tylko akt oskarżenia¹⁷. Nie jest to liczba spraw pozwalająca na oszacowanie zjawiska występowania kłamstwa katyńskiego w III Rzeszy ani skali ścigania tego czynu. Nie można zresztą wykluczyć, że nie we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez Naczelnego Prokuratora odnośnie przestępstw o enuncjacyjnym charakterze (*Äußerungsdelikte*) kwestia katyńska — nawet jeśli była elementem przestępnej wypowiedzi — znajdowała odzwierciedlenie w sentencji wyroku. Termin „Katyn” mógł

¹³ P. Łysakowski: *Prasa niemiecka...*, s. 96.

¹⁴ K. Graczyk: *Wyrok niemieckiego...*, *passim*. W tym miejscu pragnę naprawić własną omyłkę. W cytowanym artykule wyraziłem bowiem przypuszczenie, że omawiana sprawa stanowi jedyny przypadek skazania za kłamstwo katyńskie. Dwie pozostałe sprawy omówione w niniejszym tekście dowodzą odmiennego stanu rzeczy. W kontekście wyroków, które zapadły w sprawie kłamstwa katyńskiego trzeba również pamiętać o pewnej liczbie orzeczeń polskich sądów z okresu PRL, które skazywały za mówienie prawdy o zbrodni katyńskiej, która jednak była niezgodna z oficjalną propagandą. Zob. S. Jankowski: *Pod specjalnym nadzorem, przy drzwiach zamkniętych. (Wyroki sądowe w PRL za ujawnianie prawdy o zbrodni katyńskiej)*. W: *Zbrodnia katyńska. Polskie śledztwo*. Red. M. Tarczyński. Warszawa 2005, s. 95—135.

¹⁵ Bundesarchiv Berlin [dalej: BA], R 3017 *Oberreichsanwalts beim Volksgerichtshof* [Naczelnego Prokuratora przy Trybunale Ludowym]/1003705, *Handakten des Oberreichsanwalts beim Volksgerichtshof in der Strafsache gegen Gerigk Anna* [Akta podręczne Naczelnego Prokuratora przy Trybunale Ludowym w sprawie karnej przeciwko Gerigk Annie], k. 4, *Anklageschrift vom 16. August 1944* [Akt oskarżenia z 16 sierpnia 1944 r.]; k. 5—6, *Urteil vom 27. Oktober 1944* [Wyrok z 27 października 1944 r.].

¹⁶ *Ibidem*, k. 5—6, *Urteil vom 27. Oktober 1944* [Wyrok z 27 października 1944 r.].

¹⁷ BA, R 3017/1012606, *Handakten des Oberreichsanwalts beim Volksgerichtshof in der Strafsache gegen Seifert Alfred* [Akta podręczne Naczelnego Prokuratora przy Trybunale Ludowym w sprawie karnej przeciwko Seifertowi Alfredowi], k. 5—6, *Anklageschrift vom 19. Dezember 1944* [Akt oskarżenia z 19 grudnia 1944 r.].

zresztą zostać nieoznaczony we wszystkich przypadkach na etapie opracowania archiwalnego. Niejako na marginesie można również wskazać, że spuścizna Trybunału Ludowego i Naczelnego Prokuratora jest niepełna, zaś sprawa o czyn polegający na fałszywych twierdzeniach co do sprawstwa zbrodni katyńskiej mogła również trafić do osądzenia przez sąd specjalny. Zidentyfikowane sprawy umożliwiają jednak dokonanie spostrzeżeń na temat środków prawnych wykorzystywanych przez ówczesne państwo niemieckie do ścigania tych czynów, konkretnych wyrażen służących do zanegowania sprawstwa Sowietów, jak też okoliczności, w jakich owe wypowiedzi padały. Trzeba bowiem pamiętać, że kłamstwo katyńskie godziło w państwo niemieckie, fałszywie zakładało bowiem zarówno jego sprawstwo w zbrodni na polskich oficerach, jak też zarzucało oszczerstwo niemieckiej propagandzie.

W pierwszej sprawie na karę śmierci został skazany czterdziestosiemioletni Austriak, któremu przypisano popełnienie przestępstwa defetyzmu (*Wehrkraftersetzung*¹⁸ — działanie na niekorzyść sił zbrojnych) oraz zdrady narodowej przez kłamstwo propagandowe (*Volksverrat durch Lügenhetze*). Potwierdzony zarzut brzmiał następująco:

31 maja 1943 r. w publicznej gospodzie w miejscowości Rettenegg w landzie Styria głośno twierdził, że masowe mordy na polskich oficerach w Katyniu zostały dokonane nie przez Sowietów, lecz przez Waffen-SS, a także, że nie wierzył w to, co podawało ministerstwo propagandy Rzeszy¹⁹.

Czyn zakwalifikowano z § 5 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia o specjalnym wojennym prawie karnym z 11 sierpnia 1938 r.²⁰ oraz § 90f StGB (*Strafgesetzbuch* — niemiecki kodeks karny). Pierwszy z przepisów stanowił, że z powodu rozkładowego działania na siłę zbrojną podlega karze śmierci ten, kto publicznie do tego wzywa lub podżega, aby odmówić spełnieniu obowiązku służbowego w niemieckiej lub sprzymierzonej sile zbrojnej, albo publicznie próbuje sparaliżować lub zniszczyć wolę narodu niemieckiego lub sprzymierzonego obronnego egzekwowania swoich praw. Jak komentowano, celem § 5 rozporządzenia było zagwarantowanie „ochrony siły zbrojnej w jej fizycznych i psychicznych

¹⁸ Alfred Konieczny tłumaczył to pojęcie jako „rozkładowe oddziaływanie na siłę obronną”, natomiast Franciszek Ryszka jako „rozkładowe działanie na siłę obronną państwa”. A. Konieczny: *Prawo karne Trzeciej Rzeszy — próba charakterystyki*. „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” 1977, T. 3, s. 107; F. Ryszka: *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*. Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk—Łódź 1985, s. 482.

¹⁹ BA, R 3017/15129, k. 1—5, *Urteil in der Strafsache gegen Anton Steffek vom 9. Oktober 1943* [Wyrok w sprawie karnej przeciwko Antonowi Steffkowi z 9 października 1943 r.]. Tłum. — K.G.

²⁰ *Kriegssonderstrafrechtsverordnung vom 11. August 1938*. RGBl. 1939, S. 1455.

podstawach”, zaś rozkładem siły zbrojnej było „przeszkadzanie lub podrywanie totalnej narodowej gotowości bojowej do wymuszenia ostatecznego zwycięstwa w tej wojnie”²¹. Do rozkładowego działania na siłę zbrojną należały poza „fałszywymi” wypowiedziami także samookaleczenia, symulowanie chorób, szerzenie nieprzyjacielskich wiadomości oraz odmowa służby wojennej z powodów religijnych²². Natomiast według drugiego przepisu karą ciężkiego więzienia²³ odpowiadał ten, kto publicznie w Niemczech lub będąc Niemcem za granicą przez nieprawdziwe lub poważnie przeinaczone twierdzenie o fakcie spowodował ciężkie niebezpieczeństwo dla reputacji narodu niemieckiego.

Publicznego twierdzenia o tym, że masowe mordy na polskich oficerach zostały dokonane nie przez Sowietów, lecz przez Waffen-SS, jak też o tym, że niemiecka propaganda kłamie, oskarżony dopuścił się w gospodzie wobec dwóch osób, będących żołnierzami na urlopie. Asumpt do tego czynu dał artykuł w gazecie o katyńskich ekshumacjach, czytany przez jednego z żołnierzy. Gdy skazany zauważył ten tekst, kilkakrotnie — mimo sprzeciwu obu żołnierzy i mimo ich wskazań na fałszywość twierdzenia — powiedział, że polscy oficerowie nie zostali zamordowani przez Rosjan, lecz przez Waffen-SS²⁴.

Druga sprawa karna została wytoczona czterdziestoosmioletniej Niemce pochodzącej spod Olsztyna, a mieszkającej pod Magdeburgiem. Zarzucono jej, że:

w Burg w 1943 r. wielokrotnie w rozmowach z sąsiadkami znieważała Führera, czyniła negatywne wypowiedzi o rządzie Rzeszy, o niemieckim podawaniu wiadomości, zmierzając do poderwania zaufania do przywództwa i zachwiania wolą wytrzymania w wojnie²⁵.

Czyn ten niemiecki oskarżyciel również zakwalifikował z § 5 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia o specjalnym wojennym prawie karnym z 11 sierpnia 1938 r. W zarzucie co prawda brak odniesienia do Katynia, lecz w uzasadnieniu aktu oskarżenia pojawia się ta kwestia dwukrotnie. Prokurator wskazał bowiem, że gdy w rozmowie z sąsiadką była mowa o masowych grobach w Katyniu, oskarżona wyraziła wątpliwość co do niemieckich raportów na ten temat oraz

²¹ R. Buchterkirchen: „... und wenn sie mich an die Wand stellen”. *Desertion, Wehrkraftzersetzung und „Kriegsverrat“ von Soldaten in und aus Hannover 1933—1945*. Neustadt 2011, s. 36.

²² Ibidem.

²³ Przepis § 14 StGB w ówczesnym brzmieniu stanowił, że kara ciężkiego więzienia była dożywotnia lub ograniczona czasowo. Kara ciężkiego więzienia ograniczona czasowo wynosiła maksymalnie 15 lat, natomiast minimalnie rok. Ponadto, gdy ustawa wyraźnie nie przewidywała zagrożenia karą dożywotnią, chodziło o karę ograniczoną czasowo.

²⁴ BA, R 3017/15129, k. 2, *Urteil...*

²⁵ BA, R 3017/1003705, k. 4, *Anklageschrift...* Tłum. — K.G.

powiedziała, że to zrobili nie Rosjanie, lecz „nasi” (tj. Niemcy). Później wyraziła podobny pogląd wobec innej sąsiadki. Ogółem jednak oświadczenia w sprawie katyńskiej były jednymi z wielu wypowiedzi stanowiących podstawę oskarżenia. Pozostałe były skierowane pod adresem Führera, któremu oskarżona zarzucała planowanie ucieczki, gdy sytuacja militarna ulegnie załamaniu i którego porównywała do Lucyfera. W podobny sposób wyrażała się także o Göringu i Goebbelsie.

Akt oskarżenia został wniesiony do Sądu Kameralnego w Berlinie, który rozpoznał sprawę na rozprawie w Magdeburgu w dniu 27 października 1944 r. Z uzasadnienia wyroku wynika ewidentnie, że postępowanie karne zostało wszczęte na podstawie donosu jednej z sąsiadek. Przypisany czyn polegał na nienawistnych wypowiedziach o Führerze oraz nieprawdziwych twierdzeniach o zdarzeniach w Katyniu. Nienawistne wypowiedzi o wodzu zakwalifikowano z § 2 ustawy przeciwko podziemnym atakom na państwo i partię i o ochronie mundurów partyjnych²⁶, natomiast kłamstwo katyńskie z § 1 tej samej ustawy. Sąd uznał bowiem, że wypowiedź skazanej o Katyniu służyła przedstawieniu i szerzeniu nieprawdziwego twierdzenia, które było zdadne do ciężkiego narażenia na straty pomyślności Rzeszy i autorytetu rządu Rzeszy. Nadto podkreślono, że wypowiedzi odnośnie do zbrodni katyńskiej zostały uczynione względem kilku osób, publicznie. Wymierzona kara wynosiła dwa lata i sześć miesięcy więzienia przy zaliczeniu aresztu tymczasowego trwającego pięć miesięcy²⁷.

§ 1 ustawy przeciwko podziemnym atakom na państwo i partię i o ochronie mundurów partyjnych w ust. 1 przewidywał karę więzienia do dwóch lat (a w przypadku publicznego przedstawienia twierdzenia lub jego publicznego szerzenia karę więzienia nie mniejszą niż 3 miesiące) dla tego, kto umyślnie przedstawia lub szerzy nieprawdziwe lub poważnie zniekształcone twierdzenie faktyczne, zdadne do ciężkiego narażenia na straty pomyślności Rzeszy lub autorytetu rządu Rzeszy lub NSDAP lub jej struktur. Ust. 2 tego samego przepisu przewidywał karę więzienia do trzech miesięcy lub grzywny w razie nieumyślnego popełnienia takiego czynu, natomiast ust. 3 przewidywał ściganie czynu za zgodą zastępcy Führera lub wyznaczonego przez niego organu, jeżeli był on skierowany wyłącznie przeciwko autorytetowi partii nazistowskiej lub jej struktur.

Trzecia z odnalezionych w niemieckim archiwum spraw była skierowana przeciwko sześćdziesięciodwuletniemu obywatelowi Rzeszy, zamieszkałemu w Dreźnie. Zarzucono mu, że:

²⁶ *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen vom 20. Dezember 1934* [Ustawa przeciwko podziemnym atakom na państwo i partię i o ochronie mundurów partyjnych z 20 grudnia 1934 r.]. RGBl. 1934, s. 1269.

²⁷ BA, R 3017/1003705, k. 5—6, *Urteil*...

24 marca 1944 r. w Dreźnie do wcześniejszego korespondenta handlowego uczynił wypowiedzi o wojnie, które nadawały się do sparaliżowania i rozłożenia obronnej pewności siebie narodu niemieckiego²⁸.

Sposobnością do popełnienia czynu zabronionego była rozmowa ze znanym oskarżonemu, z racji wcześniejszych kontaktów handlowych, inżynierem. Dotyczyła ona sytuacji wojennej. Rozmówca wyraził przekonanie, że pokój będzie mógł zapanować dopiero po zwycięstwie Niemiec. Oskarżony uznał taki pogląd za naiwny i zwrócił uwagę, że nikt rozsądny już nie wierzy w to, że Niemcy mogą jeszcze wygrać wojnę. Rozmówca uznał wypowiedź oskarżonego za absurdalną i zwrócił uwagę, że mówi jak komunista, czym wyświadcza przysługę nieprzyjacielowi, za co może zostać zamknięty w obozie koncentracyjnym. Oskarżony odparł, że nie tylko on jest takiego zdania. Wyraził przekonanie, że gdyby Niemcy nie zaczęły się zbroić, nie doszłoby do wojny. Dodał, że wszystkie instytucje demokratyczne zostały bezdyskusyjnie zniesione. Następnie rozmówca usiłował przekonać oskarżonego, zwracając uwagę na dążenie bolszewizmu do światowej rewolucji, na zbrodnię w Katyniu i sytuację w południowych Włoszech. Oskarżony odpowiedział jednak, że „to wszystko musi najpierw zostać dowiedzione”, że nie wierzy, aby to wszystko było prawdziwe. Nadto oświadczył, że dla niego wchodzi w grę tylko taki rząd, który umożliwi mu żyć jak człowiek, co teraz nie ma miejsca i co stanie się dopiero po światowej rewolucji. Rozmówca był tymi słowami oburzony, uznał że oskarżonemu nie można pomóc i zakończył rozmowę. Nazajutrz pisemnie zameldował o tym zdarzeniu w swojej grupie miejscowej NSDAP²⁹.

Kwestia zbrodni katyńskiej w wypowiedzi oskarżonego pojawiła się incydentalnie, właściwie została zainicjowana przez jego rozmówcę, który chciał ukazać ją w szerszym kontekście zbrodni bolszewickich. Było to obliczone na wywołanie pewnej refleksji u oskarżonego odnośnie do ZSRR i światowej rewolucji. Tymczasem oskarżony wyraził wątpliwość między innymi co do prawdziwości zbrodni katyńskiej, oczekiwał jej udowodnienia.

Zachowane archiwalia dowodzą ewolucji stanowiska prokuratury w zakresie oceny prawnej stanu faktycznego. Wstępnie czyn kwalifikowano bowiem z ustawy przeciwko podziemnym atakom na państwo i partię oraz o ochronie mundurów partyjnych i zgodnie z treścią przepisu § 1 ust. 3 tej ustawy Minister Sprawiedliwości Rzeszy zarządził jego ściganie³⁰. Jednocześnie sprawa została jednak przesłana do Naczelnego Prokuratora przy Trybunale Ludowym, który miał zdecydować, czy w sprawie zachodzą przesłanki § 5 ust. 1 pkt. 1

²⁸ BA, R 3017/1012606, k. 5—6, *Anklageschrift*...

²⁹ BA, R 3017/1012606, k. 5—6, *Anklageschrift*...

³⁰ BA, R 3017/1012606, k. 2, *Schreiben des Reichsministers der Justiz vom 8. Juli 1944 an den Oberreichsanwalt beim Volksgerichtshof* [Pismo Ministra Sprawiedliwości Rzeszy z 8 lipca 1944 r. do Naczelnego Prokuratora przy Trybunale Ludowym].

rozporządzenia o specjalnym wojennym prawie karnym, co oznaczało surowszy wymiar kary. Z zachowanego aktu oskarżenia wynika natomiast, że po analizach ostała się jedynie surowsza kwalifikacja prawna z rozporządzenia o specjalnym wojennym prawie karnym, zaś występki z ustawy przeciwko podziemnym atakom na państwo i partię i o ochronie mundurów partyjnych uznano za pochłonięty³¹. Niestety z zachowanych archiwaliów nie wynika, czy kwalifikacja prawna prokuratury została utrzymana w wyroku.

Powyższe sprawy karne, wykazujące powiązanie z kłamstwem katyńskim, pozwalają na poczynienie kilku spostrzeżeń. Po pierwsze, dla społeczeństwa niemieckiego źródłem wiedzy o zbrodni katyńskiej były — naturalnie — reżimowe środki masowego przekazu: radio i prasa. Po drugie, zbrodnia katyńska pojawiała się w rozmowach prywatnych, nie tylko inspirowana bezpośrednio czynnikiem zewnętrznym (na przykład artykułem prasowym), ale także w sposób swobodny. Tyczy się to zwłaszcza dwóch ostatnich spraw, które obejmowały czyny popełnione pod koniec 1943 r. i 1944 r., a więc w okresie, kiedy informacje prasowe związane ze zbrodnią katyńską przestały się w Niemczech pojawiać. Po trzecie, konstrukcja kłamstwa katyńskiego w zidentyfikowanych sprawach z jednej strony dowodzi braku zaufania oskarżonych do nazistowskiego państwa i jego propagandy, z drugiej strony pozwala sobie uzmysłowić przeciętną świadomość ludności Rzeszy na temat zachowania wojsk niemieckich na froncie wschodnim. Przypomnijmy, że oskarżeni twierdzili, że zbrodni katyńskiej dokonało „Waffen-SS”, względnie „nasi” (tj. żołnierze niemieccy). Można więc wywieść z tego, że byli oni świadomi — najprawdopodobniej dzięki opowieściom urlopowanych ojców, synów, braci, mężów, narzeczonych — zbrodni niemieckich na Wschodzie i im przypisywali również los polskich oficerów wymordowanych w Katyniu. Po czwarte, na przykładzie tych spraw możemy dostrzec specyfikę prawa karnego III Rzeszy. Oto bowiem ten sam czyn — będący kłamstwem katyńskim — w jednym przypadku był kwalifikowany łagodnie z ustawy przeciwko podziemnym atakom na państwo i partię i o ochronie mundurów partyjnych, w dwóch pozostałych zaś surowo z rozporządzenia o specjalnym wojennym prawie karnym, co wiązało się z oceną czynu jako „rozkładowego działania na siłę zbrojną”. O ile w pierwszej sprawie można było to uzasadnić zaadresowaniem nieprawdziwych wypowiedzi na temat Katynia do urlopowanych żołnierzy, a więc osób stanu wojskowego będących członkami niemieckich sił zbrojnych, co istotnie mogło spowodować pewien ferment, o tyle takiej interpretacji wymyka się ostatnia ze spraw, w której oskarżony rozmawiał z osobą cywilną i którego wypowiedzi nie miały możliwości dotarcia do członków sił zbrojnych. W ostatniej sprawie sięgnięto więc do drugiej części § 5 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia o specjalnym wojennym prawie karnym, która mówiła o próbach sparaliżowania lub zniszczenia woli narodu niemieckie-

³¹ Ibidem, k. 6, *Anklageschrift*...

go lub sprzymierzonego we własne możliwości obronne. Jak bowiem stwierdził prokurator, gadanie oskarżonego drezdeńczyka nadawało się do zaniepokojenia innych obywateli i podkopania ich „niezachwianej wiary w zwycięstwo”, mówił on jak komunista, pomagając w ten sposób nieprzyjacielowi i podburzając. Z uzasadnienia kwalifikacji prawnej nie wynika natomiast jednoznacznie, którą wypowiedź oskarżonego z ustawy przeciwko podziemnym atakom na państwo i partię i o ochronie mundurów partyjnych uznano za pochłoniętą przez zbrodnię z § 5 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia o specjalnym wojennym prawie karnym. Nie można więc wykluczyć, że chodziło o wyrażenie wątpliwości na temat prawdziwości twierdzenia o sprawstwie Sowietów zbrodni katyńskiej. W powołanych sprawach zwraca również uwagę rażąca dysproporcja kar, co było pokłosiem zastosowanej kwalifikacji prawnej. W jednym przypadku wymierzono bowiem karę śmierci, w drugim zaś jedynie karę dwóch i pół roku więzienia.

Od strony procesowej trzeba natomiast podkreślić, że nieodzownym elementem ujawnienia przestępstwa enuncjacyjnego, w tym kłamstwa katyńskiego, była osoba denuncjatora. Był on jednym z odbiorców przestępnej wypowiedzi i to od niego pochodziła informacja pozwalająca na wszczęcie postępowania karnego, a następnie oskarżenie i skazanie sprawcy. Jego rola wzrastała w przypadku wypowiedzi o prywatnym charakterze — również one zostały bowiem poddane ściganiu³².

³² B. Dörner: „Der Krieg ist verloren!“ „Wehrkraftzersetzung“ und Denunziation in der Truppe. In: *Die anderen Soldaten. Wehrkraftzersetzung, Gehorsamsverweigerung und Fahnenflucht im Zweiten Weltkrieg*. Hrsg. N. Haase, G. Paul. Frankfurt am Main 1995, s. 122.

Konrad Graczyk

Die Verfolgung von den an der Lüge über die Massaker von Katyń schuldigen Tätern im Dritten Reich

Schlüsselwörter: Katyń, Massaker, die als Straftat geltende Aussage, die gegen Streitkräfte ergriffenen Maßnahmen, Lüge von Katyń, Propaganda

Zusammenfassung: Der Artikel, dem die im deutschen Archiv gefundenen drei Rechtsakten zugrunde liegen, befasst sich mit dem Problem strafrechtlicher Verantwortlichkeit der deutschen Bürger zur Zeit des Dritten Reiches für sog. Lüge von Katyń. Derartige Tat, d.i. Zweifeln an der von deutscher Propaganda öffentlich bekannt gegebenen offiziellen (und gleichzeitig wahren) Version von der Täterschaft der Sowjetunion für den an polnischen Kriegsgefangenen verübten Mord in Katyń oder auch Verneinen sowjetischer Täterschaft und deren Zuschreiben den Deutschen war als sog. antistaatliche Aussagen gerichtlich verfolgt. In seinem Beitrag hebt der Verfasser die Umstände, in denen es zur Lüge kam sowie die Rechtsgrundlage für Anschuldigung und Verurteilung hervor.

Prosecution of the Perpetrators of the Katyń Massacre Lie in the Third Reich

Keywords: Katyń, crime, criminal speech, criticism of the state, actions against the military, Katyń Massacre Lie, propaganda

Summary: This article addresses the criminal liability of German citizens for the so-called Katyń Massacre Lie during the Third Reich. Its source materials are the records of three cases discovered in German archives. Questioning the official (and actual) German propaganda's version about the massacre of Polish prisoners of war by the Soviets or negating its perpetration by the Soviets while attributing it to the Germans was subject to prosecution as criminal speech against the state. This paper brings to attention the circumstances under which such an act was committed, the statements said by the perpetrators, and a legal qualification which was grounds for indictment and conviction.

MONIKA NOWAKOWSKA
Heidelberg

Historia federalizmu fiskalnego w Niemczech od kongresu wiedeńskiego w 1815 r. do zjednoczenia Niemiec w 1990 r.

Kwestia podziału środków publicznych zajmuje poczesne miejsce w każdym państwie, jednak szczególną rolę odgrywa ona w ustrojach federalnych, w których zazwyczaj najsilniej ścierają się interesy finansowe władzy centralnej i związkowej. W państwach federalnych problematykę gromadzenia, podziału, dysponowania i administrowania środkami publicznymi można zebrać pod zbiorczym pojęciem federalizmu fiskalnego¹. Te stosunki finansowe są szczególnie interesujące nie tylko dlatego, że, umożliwiając finansowanie zadań publicznych, są w istocie filarem państwa, lecz również z tego względu, iż stanowią niejako papierek lakmusowy zmieniających się uwarunkowań społecznych, gospodarczych i politycznych, a nadto doskonale odzwierciedlają przyjętą w danym kraju koncepcję federalizmu oraz relacje między organami federalnymi. Szczególnie interesująca jawi się analiza historyczna stosunków finansowych, zwłaszcza jeśli przedmiotem badań jest państwo o tak długiej tradycji federalnej jak Niemcy. Niniejszy artykuł skupia się zatem na rozwoju federalizmu fiskalnego w Niemczech oraz jego przyczynach, począwszy od kongresu wiedeńskiego w 1815 r. aż do zjednoczenia Niemiec w 1990 r.

Dojście Napoleona do władzy i rozwiązanie Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego na początku XIX w. doprowadziły do swoistej defederalizacji oraz powstania ogromnej próżni politycznej, na której arenie

¹ G. Anderson, H. Scheller: *Fiskalföderalismus. Eine international vergleichende Einführung*. Opladen—Berlin—Toronto 2012, s. 19—20.

rozgrywały się rozliczne konflikty o władzę i wpływy między ponad czterdziestoma silnie rozczłonkowanymi i osłabionymi krajami niemieckimi². Historia niemieckiego federalizmu fiskalnego bierze swój początek w powstaniu Związku Niemieckiego, czyli nierozwiązywalnej konfederacji 39 suwerennych państw niemieckich i wolnych miast, utworzonej po upadku Napoleona i marionetkowego Związku Reńskiego na kongresie wiedeńskim w 1815 r. Związek Niemiecki był organizacją wyraźnie akcentującą swój luźny konfederacyjny charakter³, a poszczególne państwa związkowe chętnie podkreślały swoją odrębną tożsamość. Jego oficjalnym zadaniem nie była jednak ani współpraca gospodarcza, ani unifikacja prawa, lecz „utrzymanie zewnętrznego i wewnętrznego bezpieczeństwa Niemiec oraz niezależności i nienaruszalności poszczególnych niemieckich krajów”⁴, a w istocie także restauracja i zatrzymanie tendencji demokratycznych i republikańskich⁵.

Stosunki finansowe w ramach Związku Niemieckiego przystawały do jego konfederacyjnej organizacji oraz stosunkowo słabej pozycji wynikającej z braku własnej podmiotowości, opierając się na tzw. związanym systemie matrykularnym (*gebundenes Matrikularsystem*). Zgodnie z tym anachronicznym już modelem podziału środków publicznych kwestia dysponowania dochodami, przede wszystkim podatkowymi, pozostawała w wyłącznej gestii krajów związkowych, a potrzeby Związku finansowane były tzw. wpłatami matrykularnymi państw członkowskich, których wysokość notabene one same ustalały. System opierał się tym samym na współcześnie rzadko stosowanych wertykalnych transferach „z dołu do góry”. Związek nie mógł pobierać własnych podatków i miał bardzo ograniczone możliwości wpływu na wysokość przysługujących mu transferów. Będąc skazanym na „alimentację” przez swoich członków, nie dysponował wystarczającą niezależnością w wykonywaniu swoich zadań⁶.

Założenia systemu matrykularnego jako metody podziału środków publicznych najlepiej sprawdzają się w przypadku klasycznych konfederacji lub konfederacji w fazie przekształceń do systemu federacyjnego⁷. W czasach Związku Niemieckiego, który stanowił jeden z pierwszych etapów formowania się

² D. Langewiesche: *Historische Reflexionen zum Föderalismus in Deutschland. Wandel und Kontinuität seit dem 19. Jahrhundert*. In: *Handbuch Föderalismus*. Hrsg. I. Härtel. Bd. 1. Heidelberg 2012, s. 133.

³ T. Nipperdey: *Deutsche Geschichte 1800—1866*. München 1987, s. 355.

⁴ Art. 2 Niemieckich Aktów Związkowych (*Deutsche Bundesakte*): „Der Zweck desselben ist Erhaltung der äußeren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten“.

⁵ S. Weichlein: *Föderalismus und Bundesstaat zwischen dem Alten Reich und der Bundesrepublik Deutschland*. In: *Handbuch Föderalismus...*, s. 106.

⁶ S. Koriath: *Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern*. Tübingen 1997, s. 287.

⁷ P. Laband: *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*. Bd. 4. Tübingen 1914, s. 376 i nast.; L. v. Stein: *Lehrbuch der Finanzwissenschaft: als Grundlage für Vorlesungen und zum Selbststudium*. Bd. 1. Düsseldorf 1998, s. 56.

niemieckiego federalizmu, ten jedynie rudymenarnie ukształtowany system podziału środków publicznych stosunkowo dobrze korespondował ze skromnymi potrzebami finansowymi Związku⁸. System matrykularny był pierwszym ważnym krokiem w kierunku stworzenia federalizmu fiskalnego, z upływem czasu nie dawał się on jednak pogodzić z coraz głośniejszą artykułowaną potrzebą zacieśnienia stosunków między państwami członkowskimi oraz postulatami federalizacji.

Ponieważ próby intensyfikacji stosunków gospodarczych i finansowych w ramach istniejącego Związku Niemieckiego nie powiodły się, silnie konkurujące z Austrią Prusy podjęły własną próbę integracji gospodarczej, której owocem było powstanie w 1834 r. Niemieckiego Związku Celnego (*Deutscher Zollverein*)⁹. Niemiecki Związek Celny był zrzeszeniem suwerennych państw opartym na umowie prawa międzynarodowego, którego celem była unifikacja prawa celnego i stworzenie wspólnego rynku wewnętrznego. Niemiecki Związek Celny mimo braku własnej podmiotowości i kompetencji ustawodawczych określany jest w niemieckiej literaturze mianem przedplonu¹⁰ czy też zapowiedzi¹¹ zjednoczenia; był też niewątpliwie istotnym krokiem w rozwoju niemieckiego federalizmu fiskalnego. Związek zajmował się w szczególności podziałem pobranych przez kraje członkowskie ceł oraz wspólnych podatków akcyzowych, choć w przeciwieństwie do współczesnej nam Unii Celnej Unii Europejskiej nie posiadał ani własnego budżetu, ani własnych dochodów. Przełomową jak na tamte czasy ideą było natomiast wyłączenie z zakresu kompetencji krajów związkowych swobodnego dysponowania ich własnym dochodem z tytułu ceł i akcyzy. Wspólne wpływy były rozdzielane przez Biuro Centralne Związku na podstawie liczby mieszkańców poszczególnych państw związkowych. Poprzez wprowadzenie kryterium liczby mieszkańców, które miało być w zamyśle odzwierciedleniem potrzeby finansowej, stworzono pierwszy system podziału dochodów między krajami związkowymi o redystrybucyjnym charakterze¹².

Doświadczenia Związku Niemieckiego i Niemieckiego Związku Celnego doprowadziły w połowie XIX w. do wysunięcia postulatu o konieczności zagwarantowania władzy centralnej kompetencji do poboru własnych podatków

⁸ E. Klein: *Geschichte der öffentlichen Finanzen in Deutschland (1500—1870)*. Wiesbaden 1974, s. 90.

⁹ H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich im Bundesstaat. Theorie und Praxis*. Stuttgart 1981, s. 80.

¹⁰ W. Markull: *Kommentar zum Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden. (Finanzausgleichsgesetz, früher Landessteuergesetz)*. Berlin 1923, s. 3.

¹¹ F. Hartung: *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Stuttgart 1950, s. 274.

¹² S. Koriath: *Der Finanzausgleich...*, s. 364.

i jej uniezależnieniu finansowym od krajów związkowych¹³. Przygotowana przez powstały na fali Wiosny Ludów Parlament Frankfurcki tzw. *Paulskirchenverfassung*, czyli Konstytucja Frankfurcka Rzeszy, odcinała się od transferów matrykularnych jako głównego źródła finansowania planowanej federacji niemieckiej i stawiała na tzw. system rozgraniczenia podatkowego (*Trennsystem*)¹⁴. Polegał on na przyznaniu wpływów z poszczególnych typów podatków w całości bądź władzy centralnej, bądź krajom związkowym. Konstytucja nie została wprawdzie nigdy uchwalona¹⁵, ale idea systemu rozłącznego znalazła uznanie w kolejnych latach.

Po wojnie prusko-austriackiej oraz rozwiązaniu Związku Niemieckiego w kwietniu 1867 r. powstało nowe, składające się z 22 krajów północnoniemieckich państwo federalne — Związek Północnoniemiecki (*Norddeutscherbund*)¹⁶. Zgodnie z uchwaloną w lipcu 1867 r. konstytucją Związku utworzony został jednolity obszar celny i handlowy. W tym samym roku Związek Północnoniemiecki na podstawie celnej umowy zjednoczeniowej (*Zollvereinigungsvertrag*) przejął schedę Związku Celnego wraz z jego dochodami¹⁷. Nowo powstałe państwo federalne stanęło przed dużym wyzwaniem uregulowania stosunków finansowych między swoimi członkami w taki sposób, aby z jednej strony zagwarantować każdemu z nich środki konieczne do wykonywania swoich zadań, z drugiej zaś, by uniknąć zbytniego obciążenia finansowego któregokolwiek z federalnych jednostek organizacyjnych¹⁸. Inaczej niż Związek Celny, który nie dysponował żadnymi dochodami własnymi, federalizm fiskalny Związku Północnoniemieckiego opierał się na wspomnianym już systemie rozgraniczenia podatkowego. Władzy centralnej przysługiwały tym samym wpływy z ceł, wspólnych podatków akcyzowych oraz z podatku pocztowego i telegraficznego. Kraje związkowe dysponowały natomiast środkami ze wszystkich pozostałych podatków, w szczególności zaś z bardzo dochodowych podatków bezpośrednich. Ponieważ najważniejsze podatki pozostawały nadal w rękach landów, dochody własne nie były w stanie pokryć wszystkich potrzeb finansowych Związku. Brakująca część finansowana była z kasy krajów związkowych poprzez system rokrocznie ustalanych wpłat matrykularnych (*Matrikularbeitäge*).

¹³ Ibidem, s. 291.

¹⁴ A. Borodo: *Polskie prawo finansowe: zarys ogólny*. Toruń 2010, s. 22.

¹⁵ S. Korióth: *Der Finanzausgleich...*, s. 291.

¹⁶ W literaturze niemieckiej prezentowany jest również mniejszościowy pogląd, jakoby Związek Północnoniemiecki miał jedynie status umowy międzynarodowej; zdecydowana większość doktryny niemieckiej uznaje jednak Związek Północnoniemiecki za państwo federalne; por. H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 83; H. v. Sybel: *Die Begründung des Deutschen Reichs durch Wilhelm I.* Leipzig 1899, s. 164.

¹⁷ K. Vogel, C. Waldhoff: *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts*. Heidelberg 1999, s. 99.

¹⁸ H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 84.

Federacyjna organizacja Związku Północnoniemieckiego wymusiła niejako uznanie podmiotowości finansowej władzy centralnej. Jej kompetencje w tym zakresie pozostawały jednak stosunkowo ubogie, a poprzez niewystarczające własne źródła podatkowe, zależność od krajów związkowych pozostawała znacząca. Nie była to sytuacja przypadkowa, gdyż słaba pozycja finansowa władzy centralnej była w interesie członków federacji, którzy nie chcieli rezygnować z własnej, silnej autonomii, wyrażającej się również w ich sile finansowej¹⁹.

Związek Północnoniemiecki był od początku wyłącznie formą przejściową, która miała położyć fundament dla zjednoczonych Niemiec. W 1870 r. do Związku przyłączyły się południowoniemieckie kraje, tj. Badenia, Hesja, Bawaria i Wirtembergia; wielkie dzieło zjednoczenia Niemiec zostało zrealizowane 1 stycznia 1871 r. wraz z oficjalnym powstaniem II Rzeszy Niemieckiej (*Deutsches Kaiserreich, deutsches Reich*) oraz uchwaleniem 16 kwietnia 1871 r. inspirowanej konstytucją Związku Północnoniemieckiego Konstytucji Rzeszy (*Reichsverfassung*, dalej: RV) w 1871 r.

Konstytucja miała wyraźne inklinacje konfederacyjne²⁰. Wynikało to z faktu, że Rzesza Niemiecka była państwem zróżnicowanym politycznie, religijnie i kulturowo, a wewnętrzne animozje i zaszłości nie ułatwiały zjednoczenia. W początkowej fazie federalizmu tak heterogenicznej grupie trudno było zaakceptować utratę bardzo dużej części swojej własnej niezależności na rzecz wspólnego państwa oraz konieczność podporządkowania się władzy centralnej. Zgodnie z Konstytucją Rzeszy landy zachowały większość swoich kompetencji i zadań, a Rzeszy pozostały jedynie te enumeratywnie wyliczone w art. 4 RV, do których realizacji w sposób naturalny konieczna była centralna koordynacja tj. sprawy zagraniczne, siły zbrojne i marynarka wojenna czy strzeżenie jednności gospodarczej całego państwa. Heterogeniczność gospodarcza, kulturowa i społeczna II Rzeszy, a nadto bardzo silnie uwydatniona zasada federalizmu skutkowałą podziałem zadań między władzą centralną a krajami związkowymi zgodnie z zasadą „tak dużo jak to konieczne ale tak niewiele jak to tylko możliwe”²¹.

Konstytucja Rzeszy w sposób oszczędny, niemal ukryty i mało systematyczny regulowała kwestie stosunków finansowych między podmiotami federalnymi²². Zatytułowany jako „finanse Rzeszy” rozdział XII RV zawierał art. 70 dotyczący podziału dochodów publicznych. Przepis ten wraz z art. 38 RV stanowił, iż do dochodów własnych Rzeszy należą cła, wspólne podatki akcyzowe, tj. solny, tytoniowy, piwny, od alkoholi wysokoprocentowych i cukrowy²³

¹⁹ Ibidem, s. 85.

²⁰ S. Koriath: *Der Finanzausgleich...*, s. 311.

²¹ H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 88.

²² S. Koriath: *Der Finanzausgleich...*, s. 312.

²³ Odstępstwa od tej zasady i prawo do własnego ustawodawstwa dla niektórych podatków zagwarantowały sobie na mocy tzw. wersalskich umów listopadowych (*Versailler Novemberverträge*) Bawaria, Wirtembergia oraz Badenia.

oraz nadwyżki z działalności państwowych przedsiębiorstw. Zgodnie z art. 4 nr 2 RV Rzesza dysponowała wyłącznym ustawodawstwem w zakresie powyższych podatków, co stanowiło jednak znane już rozwiązanie z czasów Związku Niemieckiego oraz Związku Celnego. Nowością była bardzo ogólnie sformułowana i dająca dużą swobodę działania kompetencja ustawodawcza względem „podatków, które miały służyć celom Rzeszy”. Regulacja dawała możliwość objęcia swoim ustawodawstwem najbardziej dochodowych rodzajów podatków, zwłaszcza bezpośrednich, które do tej pory znajdowały się w gestii landów. Ze względu jednak na opór krajów związkowych, które uważały swoje prawo poboru podatków bezpośrednich za bezwarunkowe, Rzesza nigdy nie rozszerzyła swoich uprawnień finansowych. Administracja podatków, również tych należących do Rzeszy, leżała natomiast wyłącznie w gestii krajów związkowych.

W obowiązującym w Rzeszy Niemieckiej rozłącznym systemie dzielenia dochodów publicznych (*Trennsystem*) znajdował się jednakże pewien istotny wyłom — a mianowicie występujący już wcześniej system wpłat matrykularnych krajów związkowych na rzecz władzy centralnej. Wysokość wpłat była ustalana rokrocznie w budżecie Rzeszy i nie miała górnej granicy. Pewną istotną modyfikację wpłat matrykularnych wprowadzono jeszcze przed uchwaleniem Konstytucji Rzeszy na podstawie postulowanej przez narodowo-liberalne skrzydło Reichstagu z Johannesem von Miquelem na czele, tzw. *Clausula Miquel*. Poprawka ograniczała wpłaty matrykularne i pozwalała je pobierać wyłącznie w przypadku braku innych podatków Rzeszy²⁴. Miała ona być zachętą do zwiększenia własnych dochodów podatkowych władzy centralnej i wskazywała tendencje rozwoju młodego fiskalizmu federalnego państwa niemieckiego w kierunku wzmocnienia pozycji finansowej Rzeszy.

W pierwszym dziesięcioleciu istnienia Rzeszy Niemieckiej sprzyjająca koniunktura, francuskie reparacje wojenne oraz niezbyt obszerny katalog zadań władzy centralnej pozwalały na utrzymanie dobrej kondycji finansowej całego państwa²⁵, co z kolei nie tworzyło presji reformowania systemu finansów publicznych. Problemy zaczęły się w 1877 r., kiedy wraz z ustaniem wpływów z reparacji francuskich Rzesza, nie korzystając ze swoich kompetencji do wprowadzenia nowych podatków czy zwiększenia wysokości wpłat matrykularnych, zaciągnęła duże kredyty²⁶. Odpowiedzią na coraz gorszą sytuację finansową były reformy celne i podatkowe, a nadto przejście do polityki protekcjonizmu gospodarczego w 1879 r. Skutkiem tych reform było znaczące zwiększenie dochodów własnych Rzeszy, co potencjalnie mogło przyczynić się do całkowitego uniezależnienia się władzy centralnej od krajów związkowych i rezygnacji

²⁴ Art. 70 zd. 2 RV.

²⁵ W. Gerloff: *Die Finanz- und Zollpolitik des Deutschen Reichs nebst ihren Beziehungen zu Landes- und Gemeindefinanzen von der Gründung des Norddeutschen Bundes bis zur Gegenwart*. Jena 1915, s. 55 i nast.

²⁶ S. Koriath: *Der Finanzausgleich...*, s. 316.

z wpłat matrykularnych. Parlament Rzeszy, w szczególności zaś partie centrum skutecznie zwalczyły jednak wszelkie dośrodkowe tendencje federalne, tworząc w 1879 r. na mocy tzw. *Lex Franckenstein* pewną osobliwą instytucję, dla której nazwy inspiracją nie była — o dziwo — twórczość Mary Shelley, lecz nazwisko jednego z parlamentarzystów. Zgodnie z reformą wszelkie dochody z ceł oraz podatku tytoniowego, a później także z podatku stemplowego i od alkoholi wysokoprocentowych, przekraczające rocznie 130 mln marek miały być przekazane krajom związkowym w ramach transferów finansowych wyliczanych na podstawie kryterium liczby mieszkańców. *Lex Franckenstein* wprowadził zatem przedziwny i wewnętrznie sprzeczny system, dwustronnych, wzajemnie neutralizujących się transferów: z jednej strony wpłat matrykularnych landów dla Rzeszy, a z drugiej wpłat Rzeszy dla landów. Znamienny był również fakt, że profitentami zmiany okazały się kraje związkowe, otrzymujące więcej, niż same wpłacały. Mocno krytykowana w doktrynie ustawa *Franckensteina*²⁷, która pozostawała niemal zupełnie ślepa na potrzeby finansowe Rzeszy, doprowadziła również, zgodnie ze swoim zamysłem, do zatrzymania emancypacji finansowej władzy centralnej. Tym samym w zamyśle przejściowy system matrykularny stał się trwałym elementem federalnych stosunków finansowych.

Lex Franckenstein nie rozwiązał problemów finansowych zjednoczonego państwa niemieckiego. Stosunkowo niewielkie długi Rzeszy w 1870 r., bo wynoszące 40 mln marek, urosły w 1887 r. do 486 mln marek, a w 1903 r. do zawrotnej sumy 3,1 mld marek²⁸, co przy zwiększających się wydatkach, które w latach 1876—1880 wyniosły średnio 480 mln marek, a w latach 1911—1913 już pięć razy więcej bo 2,2 mld marek²⁹, oznaczało prostą drogę do katastrofy finansowej. Próba ratowania finansów państwowych była tzw. mała reforma finansowa von Stengla z 1904 r., która znosiła klauzulę Miquela, a ustawę *Franckensteina* ograniczała do podatków pocztowego i od alkoholi wysokoprocentowych. Zgodnie ze znowelizowanym art. 70 RV wpłaty matrykularne, o ile przekraczały kwotę transferów Rzeszy na rzecz krajów związkowych, musiały być zwrócone landom w wysokości, w której budżet Rzeszy notował nadwyżkę finansową. Z kolei tzw. duża reforma von Stengla z 1906 r. była istotną próbą ukierunkowania stosunków finansowych w Rzeszy na potrzeby finansowe poszczególnych jednostek federalnych³⁰. W szczególności reforma wprowadziła

²⁷ H. Preuß: *Reichs- und Landesfinanzen*. Berlin 1894, s. 6 i nast.; J. Kittel: *Die Franckensteinsche Klausel und die deutsche Finanzreform*. Würzburg 1895, s. 13; A. Hensel: *Der Finanzausgleich im Bundesstaat*. Berlin 1922, s. 134.

²⁸ W. Gerloff: *Die Finanz- und Zollpolitik...*, s. 521.

²⁹ F. Terhalle: *Geschichte der öffentlichen Finanzwirtschaft vom Beginn des 19. Jahrhunderts bis zum Schlusse des zweiten Weltkriegs*. In: *Handbuch der Finanzwissenschaft*. Hrsg. W. Gerloff. Bd. 1. Tübingen 1952, s. 278 i nast.

³⁰ S. Koriath: *Der Finanzausgleich...*, s. 321.

nowe podatki Rzeszy, tj. podatek od tantiem (*Tantiemsteuer* jako rodzaj podatku dochodowego) oraz podatek spadkowy Rzeszy (*Reichserbschaftsteuer*). Oba podatki były *de facto* pierwszymi podatkami bezpośrednimi Rzeszy. Reforma starała się jednak ten fakt skrzętnie ukryć, nie chcąc wprowadzać niepożądanych konfliktów z landami, które nadal uważały swoje prawo do poboru podatków bezpośrednich za wyłączne. Podatek spadkowy Rzeszy był również pierwszym podatkiem wspólnym (*Gemeinschaftsteuer*) w historii niemieckiego federalizmu fiskalnego, co oznaczało, że dochody z tego tytułu były rozdzielane między Rzeszę, a jej kraje związkowe (początkowo otrzymywały one 1/3, a następnie 1/5 całości wpływów). Reforma wprowadziła nadto maksymalną wysokość wpłat matrikularnych wynoszącą 40 fenigów na mieszkańca.

W obliczu nadchodzącej wojny i kosztownych zbrojeń finansowanych z budżetu Rzeszy, dwa nowe podatki były zaledwie kroplą w morzu potrzeb. W 1913 r. wprowadzono wprawdzie kolejne daniny bezpośrednie Rzeszy: jednorazową składkę obronną (*Wehrbeitrag*) oraz podatek od posiadania (*Besitzsteuer*), które nie były jednak w stanie zaspokoić fiskalnych potrzeb państwa; deficyt finansowano kosztownymi pożyczkami, które, jak się później okazało, stanowiły niemal wyłączne źródło finansowania działań wojennych podczas pierwszej wojny światowej (90%)³¹.

Na kształt stosunków finansowych II Rzeszy wpływ miały głównie czynniki historyczne i polityczne, nie zaś ekonomiczne czy gospodarcze³². Podejście to doprowadziło w ostateczności do stworzenia niesymetrycznego i niewydolnego systemu federalnych relacji fiskalnych, w którym zależność finansowa władzy centralnej utrudniała realizację konstytucyjnych i ustawowych zadań państwa oraz hamowała pojawiające się w sposób naturalny w każdej federacji tendencje centralistyczne.

Zupełnie nowym otwarciem w historii niemieckiego federalizmu fiskalnego było utworzenie po rewolucji listopadowej 1919 r. Republiki Weimarskiej (*Weimarer Republik, Deutsches Reich*). Przegrana pierwsza wojna światowa i niekorzystny traktat wersalski w połączeniu z reparacjami wojennymi i ogromnymi wydatkami socjalnymi prowadziły do obciążenia finansowego o wcześniej nieznanym rozmiarach i powodowały konieczność kompletnej reorganizacji stosunków finansowych³³. Wystarczy wspomnieć, iż wydatki Rzeszy w 1913 r. wynosiły 3,2 mld marek, w 1919 r. już natomiast 64 mld marek. Również reparacje wojenne stanowiły poważne obciążenie kasy państwa: budżet na

³¹ R. Becker: *Der Reich-Länder-Finanzausgleich im Bismarckreich und in der Weimarer Republik*. Kiel 1980, s. 191.

³² P.Ch. Witt: *Finanzen und Politik im Bundesstaat — Deutschland 1871—1933*. In: *Föderalismus in Deutschland: Traditionen und gegenwärtige Probleme*. Hrsg. J. Huhn, P.Ch. Witt. Baden-Baden 2012, s. 76.

³³ K. Vogel, C. Waldhoff: *Vorbemerkungen zu Art. 104a—115*. In: *Bonner Kommentar*. Hrsg. W. Kahl, C. Waldhoff, C. Walter. Heidelberg 1997, s. 138.

lata 1924/1925 opiewał na 8 mld marek, z czego 3,25 mld wyniosły wyłącznie reparacje wojenne, przy czym wyłącznym dłużnikiem tej kwoty była Rzesza, z pominięciem krajów związkowych³⁴. Dramatyczna sytuacja gospodarcza Republiki Weimarskiej pogorszyła się również po wielkich kryzysach finansowych z 1923/1924 oraz z 1929—1932. Model federalizmu fiskalnego stworzony w II Rzeszy Niemieckiej miał w czasach Republiki Weimarskiej wielu krytyków, w tym późniejszego ministra finansów — Matthiasa Erzbergera³⁵, a pogłębiający się kryzys finansowy generował duży nacisk polityczny na reformę stosunków finansowych między Rzeszą i Landami. Republika Weimarska wyciągnęła wnioski z doświadczeń swojej poprzedniczki i podążyła dotychczas jeszcze nieprzetartą drogą — drogą federalizmu fiskalnego o scentralizowanym, unitarnym charakterze.

Uchwalona 11 sierpnia 1919 r. Konstytucja Weimarska (*Weimarer Reichsverfassung*, dalej: WRV) odcinała się w sposób zdecydowany od Konstytucji Rzeszy z 1871 r. nie tylko poprzez odstąpienie od ustroju monarchicznego na rzecz republiki, lecz także poprzez mocno zaakcentowane wpływy dośrodkowe i rezygnację z silnie federalnego charakteru państwa³⁶. Kwestiom finansowym nie został poświęcony oddzielny rozdział Konstytucji, a ich regulacja była skądinąd bardzo ogólna; nie wymieniała konkretnych typów podatków i nie wprowadzała dominującej zasady podziału dochodów publicznych między Rzeszą a landami. Mimo że ustawa zasadnicza nie przesądzała wprost o zdecydowanej dominacji władzy centralnej, to jednak dawała jej tak szerokie kompetencje, że rola landów w Republice Weimarskiej została sprowadzona do pozycji silnych jednostek samorządowych³⁷.

Zgodnie z art. 6 ust. 6 i 7 WRV władza centralna dysponowała wyłączną kompetencją ustawodawczą w sprawach związanych z cłami oraz instytucjami poczty i telegrafii, a wpływy z tych źródeł trafiały w całości do kasy centralnej. Art. 8 WRV zd. 1 wprowadzał natomiast tzw. ustawodawstwo konkurencyjne³⁸ między Rzeszą a landami dla pozostałych podatków i opłat, które w całości lub w części pokrywać miały potrzeby Rzeszy. Tym samym władza centralna mogła swobodnie wprowadzać nowe podatki, zyskując nowe źródła finansowania. Pewnym istotnym ograniczeniem jej swobody był jednak obowiązek uwzględnienia sytuacji landów i ich „zdolności do przetrwania” (*Lebensfähigkeit*).

³⁴ Por. F. Terhalle: *Geschichte der öffentlichen Finanzwirtschaft...*, s. 295; S. Korioth: *Der Finanzausgleich...*, s. 380; H.-E. Hornschu: *Die Entwicklung des Finanzausgleichs im Deutschen Reichs und in Preußen 1919 bis 1944*. Kiel 1950, s. 13.

³⁵ M. Erzberger: *Reden zur Neuordnung des deutschen Finanzwesens*. Berlin 1919, s. 111.

³⁶ Por. H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 109.

³⁷ S. Korioth: *Der Finanzausgleich...*, s. 381.

³⁸ Ustawodawstwo konkurencyjne oznacza, iż objęte nim obszary życia mogą być generalnie regulowane przepisami wydawanymi na szczeblu landów, chyba że w tym samym zakresie ze swojego uprawnienia ustawodawczego skorzysta Federacja.

Zgodnie z art. 11 WRV Rzesza mogła również uchylać przepisy o dopuszczalności i formach poboru podatków przysługujących landom, o ile było to konieczne na przykład w celu uniknięcia podwójnego opodatkowania bądź ze względu na „ważne interesy społeczne”. Nowy system finansowy przestał wiązać tym samym kompetencje ustawodawcze w zakresie określonych podatków z kompetencją do dysponowania wpływami z tego tytułu.

Konstytucja Weimarska doczekała się swojej konkretyzacji w tzw. wielkiej reformie Matthiasa Erzbergera. Reforma składała się z 16 ustaw i w sposób kompleksowy i dość uporządkowany regulowała zarówno federalne stosunki finansowe, jak i cały system podatkowy. Ustawy wprowadzały dwuetapowy system podziału środków publicznych między Rzeszę a landy, zwany od 1923 r. systemem wyrównania finansowego (*Finanzausgleich*)³⁹. Pierwszy etap był etapem wyrównania wertykalnego, tj. między Rzeszą a landami, drugi zaś to etap wyrównania horyzontalnego — między landami.

W pierwszej kolejności poszczególne podatki dzielone były na podstawie systemu rozłącznego (*Trennsystem*). Przewaga władzy centralnej była przy tym szczególnie widoczna, gdyż dysponowała ona praktycznie wszystkimi najważniejszymi podatkami, zarówno pośrednimi, jak i bezpośrednimi, tj. podatkiem dochodowym od osób fizycznych i prawnych, podatkiem obrotowym, spadkowym oraz od nabycia nieruchomości. Landom pozostawiono podatki realne (*Realsteuern*) oraz lokalne podatki akcyzowe. Praktycznie każdy istniejący w Republice Weimarskiej podatek był więc podatkiem Rzeszy bądź podatkiem ujednoliconym przez Rzeszę⁴⁰. Ponieważ powyższy podział nie gwarantował krajom związkowym wystarczających dochodów, ustawą o wyrównaniu finansowym (*Finanzausgleichsgesetz*)⁴¹, ustanowiono dodatkowe redystrybucyjne transfery wertykalne Rzeszy. Transfery te były wyrażoną procentowo częścią dochodu ze wskazanych w ustawie podatków Rzeszy, tj. podatków dochodowych, podatku obrotowego, spadkowego oraz od nabycia nieruchomości. Procentowy udział krajów związkowych w tych wpływach był zmienny i ustalano go praktycznie każdego roku. Powyższe środki dzielono następnie w ramach wyrównania horyzontalnego między poszczególne landy. System opierał się na różnych kryteriach, przy czym dominująca była zasada miejsca poboru podatku (*Prinzip des örtlichen Aufkommens*).

Wraz z centralizacją oraz ujednoliceniem prawa finansowego i podatkowego skupieniu uległa nadto administracja podatkowa, która wcześniej podlegała poszczególnym krajom związkowym. Zamiast niej wprowadzona została jed-

³⁹ A. Hensel: *Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung*. Berlin 1922, s. 33 i nast.

⁴⁰ A. Hensel: *Steuerrecht*. Berlin 1986, s. 3.

⁴¹ Ustawa z dnia 30.03.1920 r. o podatkach krajów związkowych (*Landessteuergesetz*); w 1923 r. nazwa ustawy została zmieniona na Ustawę o wyrównaniu finansowym (*Finanzausgleichsgesetz*).

molita administracja podatkowa z Ministerstwem Finansów Rzeszy na czele. Jeszcze w 1918 r. powołano do życia Trybunał Finansowy Rzeszy (*Reichsfinanzhof*) jako najwyższą instancję sądownictwa finansowego, powołanego do orzekania w sprawach podatków i ceł.

Stosunki finansowe między członkami Republiki Weimarskiej były zupełnie inne od tych w Rzeszy przed pierwszą wojną światową. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że były nawet ich zupełnym przeciwieństwem. Mocną stroną Republiki był wprawdzie jednolity, silnie scentralizowany system podatkowy oraz przełamanie tradycji przypisywania podatków pośrednich Rzeszy, a bezpośrednich landom. Relacje między członkami federalnymi były jednak nacechowane silnym podporządkowaniem krajów związkowych i zdecydowaną dominacją Rzeszy. Prowadziło to do wypaczenia idei federalizmu i praktycznego pozbawienia landów podmiotowości finansowej.

Federalizm fiskalny przestał istnieć po dojściu Hitlera do władzy 1933 r. W tym czasie rozpoczęło się bowiem przekształcenie federalnie zorganizowanej Republiki Weimarskiej w państwo unitarne i to w dodatku, co należy podkreślić — bez formalnej zmiany Konstytucji weimarskiej. Ta obowiązywała wprawdzie w niezmienionym kształcie, lecz w praktyce jej brzmienie zostało tak dalece wypaczone przez ustawy specjalne, że ostatecznie stanowiła jedynie fasadę legalności dla działań narodowosocjalistycznego rządu⁴². 30 stycznia 1934 r. uchwalono Ustawę o rekonstrukcji Rzeszy (*Gesetz über den Neuaufbau des Reiches*⁴³), zgodnie z którą dotychczasowe władztwo Landów — również to dotyczące kwestii finansowych i podatkowych, przeniesiono na Rzeszę, rządy krajów związkowych podporządkowane zostały rządowi centralnemu, a parlamenty związkowe zlikwidowane. Przejście do unitarnej organizacji państwa oznaczało podporządkowanie landów w stosunkach finansowych z władzą centralną. Krajom związkowym sukcesywnie odebrano kolejne dochody podatkowe, jednak szczególnie dotkliwe okazało się przeniesienie wpływów z podatków realnych tj. podatku od działalności przemysłowej i handlowej (*Gewerbesteuer*) oraz podatku gruntowego (*Grundsteuer*) na gminy, co doprowadziło do powstania luki w budżetach landów rządu niemal 600 mln marek⁴⁴; w 1943 r. zniesiony został ostatni podatek, którego dochody w całości przypadały krajom związkowym, czyli podatek czynszowy (*Hauszinssteuer*).

Również w przypadku podatków bezpośrednich, co do których Rzesza zobowiązana była przekazywać część wpływów z tego tytułu na rzecz swoich krajów związkowych (*Überweisungssteuern*), doszło do istotnej zmiany. Udział landów został mianowicie znacząco ograniczony — w przypadku podatku od osób fizycznych zmniejszył się on z 75% na 55,5%. Dodatkowo

⁴² K. Vogel, C. Waldhoff: *Vorbemerkungen zu Art. 104a—115...*, s. 150.

⁴³ Dziennik Ustawodawczy Rzeszy (*Reichsgesetzblatt, RGBl.*) I, s. 75.

⁴⁴ H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 133.

wprowadzono zaś drastyczne ograniczenie tego udziału po przekroczeniu kwoty 1,1 mld marek, tj. z 55,5% do 12%, a następnie o 2% w przypadku każdych kolejnych 100 mln marek powyżej tej granicy⁴⁵. Podobne ograniczenia objęły również podatek dochodowy od osób prawnych oraz obrotowy, co było motywowane zwiększonymi dochodami podatkowymi wygenerowanymi przez kredytowane inwestycje państwowe⁴⁶. Od 1939 r. obowiązywała nadto składka wojenna (*Kriegsbeitrag*) landów, w wysokości 15% skądinąd już mocno ograniczonych wpływów z podatków bezpośrednich⁴⁷. Utrata całkowitej podmiotowości finansowej przez landy nastąpiła w 1944 r., kiedy wpływy z podatków bezpośrednich zostały zastąpione transferami finansowymi, wyliczanymi na podstawie wydatków krajów związkowych⁴⁸. Należy jednak zauważyć, że, w przeciwieństwie do gmin, stopniowe pozbawienie landów ich dochodów podatkowych korespondowało z przenoszeniem kolejnych zadań krajów związkowych na władzę centralną, tym samym niewyobrażalne koszty prowadzenia gospodarki wojennej dotknęły nie tyle kraje związkowe, ile przede wszystkim jednostki samorządu terytorialnego⁴⁹. Pozbawienie landów ich państwowości i autonomii oraz reforma finansów sprowadziły istniejące w Republice Weimarskiej wyrównanie finansowej do czynności techniczno-administracyjnej⁵⁰.

Po bezwarunkowej kapitulacji Niemiec u kresu drugiej wojny światowej i utworzeniu stref okupacyjnych kolejnym etapem w historii niemieckiego federalizmu fiskalnego było podpisanie 1 lipca 1948 r. przez gubernatorów wszystkich trzech stref zachodnich tzw. Dokumentów Frankfurckich, umożliwiających uchwalenie demokratycznej konstytucji. Od początku było wiadomo, że nowe państwo zachodniemieckie będzie na powrót federacją — takie było też życzenie władz okupacyjnych. Konkretny kształt stosunków federalnych, w tym szczególnie finansowych, był przedmiotem zacieklej debaty politycznej. Pojawiały się koncepcje nawiązujące zarówno do tradycji silnej federalizacji II Rzeszy, jak i centralizacji z okresu Republiki Weimarskiej⁵¹. Szybko okazało się jednak, że debata jest właściwie bezprzedmiotowa, gdyż alianckie władze okupacyjne odrzuciły w Memorandum z 2 marca 1949 r. propozycję Rady Parlamentarnej i Konwentu Konstytucyjnego w Herrenchiemsee stworzenia kompletnego modelu wyrównania finansowego (*Finanzausgleich*), czyli podziału środków państwowych opartego na wspólnych podatkach władzy centralnej i landów w ramach systemu powiązanego (*Verbundsystem*)⁵² oraz

⁴⁵ Dziennik Ustawodawczy Rzeszy (*Reichsgesetzblatt*, RGBl.) I, s. 315.

⁴⁶ H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 136.

⁴⁷ Dziennik Ustawodawczy Rzeszy (*Reichsgesetzblatt*, RGBl.) I, s. 1609.

⁴⁸ K. Vogel, C. Waldhoff: *Vorbemerkungen zu Art. 104a—115...*, s. 153.

⁴⁹ H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 139.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 139.

⁵¹ P. Bucher: *Der Parlamentarische Rat 1948—1949*. Bd. 2. München 2002, s. 2.

⁵² E.R. Huber: *Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit*. Bd. 2. Tübingen 1949, s. 208 i nast.

centralnej administracji podatkowej; alianci zażądali też stanowczo zachowania silnej pozycji krajów związkowych i wprowadzenia — na wzór amerykański — restrykcyjnego systemu rozgraniczenia (*Trennsystem*).

Ostatecznie obowiązująca do dzisiaj Ustawa zasadnicza Niemiec (*Grundgesetz* — dalej: GG) z 23 maja 1949 r. wprowadzała w art. 106, 107 GG wyrównanie finansowe na bazie złagodzonego systemu rozgraniczenia podatkowego. Zgodnie z nim władza federalna dysponowała wpływami z ceł i większości podatków akcyzowych (art. 106 ust. 1 GG, 1949), do kas landów trafiały natomiast w szczególności podatki dochodowe, realne, podatek obrotowy, spadkowy i niektóre podatki akcyzowe. Było to też nawiązanie do tradycji II Rzeszy i jej modelu podziału podatków pośrednich i bezpośrednich (art. 106 ust. 2 GG, 1949). Twórcy Ustawy zasadniczej otworzyli jednak niedostrzeżoną przez aliantów drogę do wprowadzenia podatków wspólnych w postaci art. 106 ust. 3 GG (1949). Bund miał zgodnie z tym przepisem możliwość pobierania za zgodą Bundesratu części należących do landów podatków dochodowych w sytuacji, gdy jego własne wpływy były niższe niż wydatki. Władza federalna, korzystając ze swego uprawnienia, w 1951 r. w praktyce zupełnie wykoślawiła system ścisłego rozgraniczenia podatkowego i częściowo zrealizowała powstrzymaną przez władze okupacyjne koncepcję wyrównania finansowego w RFN⁵³.

Prawdziwym przełomem w kształtowaniu się współczesnego systemu federalnych stosunków finansowych w Niemczech były lata pięćdziesiąte i sześćdziesiąte, a zwłaszcza dwie reformy — z 1955 oraz 1969 r., które kształtując właściwie do dzisiaj niezmienny w swej podstawowej strukturze system wyrównania finansowego, ugruntowały nowy model federalizmu niemieckiego — federalizm kooperacyjny (*kooperativer Föderalismus*) nastawiony na współpracę między Bundem a krajami związkowymi. Reformy pozostawiały wprawdzie ustawodawstwo podatkowe praktycznie wyłącznie w rękach federacji⁵⁴, wprowadziły jednak cztery obligatoryjne etapy wyrównania finansowego, które razem zapewnić miały sprawiedliwy i odpowiadający wydatkom i zadaniom poszczególnych podmiotów federalnych podział środków publicznych. Pierwszym etapem było tzw. podstawowe wertykalne wyrównanie finansowe (*primärer vertikaler Finanzausgleich*), czyli podział państwowych dochodów podatkowych pomiędzy federacją a ogółem krajów związkowych. Nowością było przede wszystkim oficjalne wprowadzenie podatków wspólnych (*Gemeinschaftsteuer*) w art. 106 ust. 3 GG (1969), czyli podatku dochodowego od osób fizycznych, od osób prawnych oraz podatku obrotowego rozdzielanych (z niewielkimi odchyleniami dla podatku obrotowego) po połowie. Te trzy podatki

⁵³ K. Vogel, C. Waldhoff: *Grundlagen...*, s. 139; H. Pagenkopf: *Der Finanzausgleich...*, s. 166.

⁵⁴ W ustawodawstwie brał jednak udział Bundesrat, czyli druga izba parlamentu niemieckiego, w której skład wchodzi przedstawiciele egzekutywy krajów związkowych.

stanowiły aż 75% wszystkich dochodów podatkowych RFN⁵⁵. Pozostałe daniny rozdzielano na podstawie art. 106 ust. 1 GG (1969) w ramach systemu rozłącznego (*Trennsystem*). Do kasy władzy centralnej trafiały dochody z państwowych monopolii finansowych, ceł oraz wskazanych w Konstytucji podatków lub grup podatków powiązanych z zadaniami federacji. Wyłącznymi podatkami landów (*Landessteuern*) były natomiast wymienione w art. 106 ust. 2 GG (1969) podatek od majątku, podatek od spadków, podatek drogowy, podatek piwny oraz podatek od gier losowych i zakładów wzajemnych.

Drugim etapem podziału dochodów podatkowych było podstawowe horyzontalne wyrównanie finansowe (*primärer horizontaler Finanzausgleich*), przesądzające o sposobie podziału pomiędzy krajami związkowymi przyznanych na pierwszym etapie dochodów podatkowych. Daniny własne krajów związkowych, jak również przypadające im udziały w podatkach wspólnych rozdzielano na podstawie miejsca, w którym urząd skarbowy pobrał podatek (*Prinzip des örtlichen Aufkommens*), a podatek obrotowy w oparciu o liczbę mieszkańców.

Trzeciemu i czwartemu etapowi wyrównania finansowego przyświecały idee solidarności i zrównoważonego rozwoju; były one zupełną nowością i miały na celu redystrybucyjne wyrównanie dysproporcji finansowych między poszczególnymi krajami związkowymi, powstałymi na pierwszych dwóch etapach⁵⁶. Wyrównanie horyzontalne wtórne — trzeci etap wyrównania finansowego — przebiegało, jak sama nazwa wskazuje, między landami bez udziału federacji i polegało na uiszczaniu solidarnych wpłat wyrównawczych przez landy o ponadprzeciętnych dochodach podatkowych na rzecz biedniejszych krajów związkowych (art. 107 ust. 2 GG, 1969). Z kolei wyrównanie wertykalne wtórne, czyli czwarty i ostatni etap wyrównania finansowego w RFN charakteryzowało się wyrównawczymi dotacjami federacji (*Bundesergänzungszuweisungen*) na rzecz uboższych krajów związkowych. Dotacje służyły albo finansowaniu dodatkowych wydatków landów zleconych przez federację (art. 106 ust. 4 zd. 2 GG) jak na przykład budowa określonych obiektów, tj. poligony czy jednostki badawcze bądź pokryciu ogólnych potrzeb finansowych landów o słabym potencjalnie finansowym (art. 107 ust. 2 zd. 3 GG).

Przedstawiony model wyrównania finansowego, ukształtowany niemal 60 lat temu, a obowiązujący do dzisiaj, był pierwszym nowoczesnym systemem federalizmu fiskalnego, który skupiał się nie na historycznych czy tradycyjnych zaszczytach, lecz przede wszystkim na uwzględnieniu potrzeb finansowych podmiotów federalnych i wyrównaniu niezależnych od nich różnic w potencjale ekonomicznym.

⁵⁵ S. Koriath: *Der Finanzausgleich...*, s. 429 i nast.

⁵⁶ R. Wendt: *Der Finanzausgleich im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland*. In: *Handbuch Föderalismus*. Bd. 2. Hrsg. I. Härtel. Heidelberg 2012, s. 402 i nast.

Zjednoczenie Niemiec w 1990 r. oznaczało konieczność integracji na wszystkich szczeblach państwowości i zniwelowania ogromnych różnic w strukturze społeczno-gospodarczej, będącej spuścizną komunistycznej gospodarki planowej NRD. O ogromnych dysproporcjach w rozwoju ekonomicznym między wschodnimi a zachodnimi Niemcami świadczy fakt, iż wskaźnik produktu krajowego brutto w byłych komunistycznych landach nie przekraczał 1/3 produktu krajowego brutto 11 landów zachodnich, a wskaźnik PKB w 1991 r. stanowił jedynie 86% wskaźnika z 1990 r. (czyli wkrótce przed zjednoczeniem)⁵⁷. Najważniejszym jednak problemem, nieodłącznie związanym z kwestią wyrównania finansowego, była próba odpowiedzi na pytanie, kto powinien ponieść ogromny ciężar finansowy zjednoczenia Niemiec.

Podstawowym postulatem konsolidacji było osiągnięcie jednakowych warunków życiowych w całym kraju. Wraz z zawarciem Umowy zjednoczeniowej z 31 sierpnia 1990 r.⁵⁸ pełne zjednoczenie RFN i NRD pod względem prawnym stało się faktem, na zjednoczenie fiskalne i powstanie nowego modelu federalizmu fiskalnego trzeba było jednak jeszcze poczekać, gdyż do 1 stycznia 1995 r. obowiązywać miała czteroletnia faza przejściowa. Umowa zjednoczeniowa rozszerzała obowiązywanie Konstytucji niemieckiej — w tym przepisów konstytucji finansowej — na landy wschodnie, pod warunkiem że w konkretnych przypadkach nie postanowiono inaczej. Duża liczba wyjątków zawartych w Umowie oznaczała w praktyce, że postkomunistyczne kraje związkowe zostały poddane odrębnej regulacji w zakresie finansowania publicznego. Najważniejsza różnica dotyczyła wyłączenia na tych terenach obowiązywania wyrównania finansowego pomiędzy landami i dotacji wyrównawczych (czyli dwóch redystrybucyjnych etapów systemu wyrównania finansowego). Powstałą lukę zastąpiono utworzeniem specjalnego Funduszu „Niemiecka Jedność” (*Fond „Deutsche Einheit”*). Mimo iż początkowo landy zachodnie ogłosiły pełną gotowość partycypacji w kosztach zjednoczenia, ostatecznie okazało się, że to federacja musiała ponieść większość ciężaru finansowego. Landy zagwarantowały sobie bowiem, iż jedynymi kosztami, które poniosą, będą transfery finansowe do Funduszu „Niemiecka Jedność”. W latach 1990—1994 środki finansowe przekazane do Funduszu wyniosły w przeliczeniu 82,2 mld euro, z czego 48,57 mld euro pochodziło z udzielonych pożyczek, 25,37 mld euro z wpłat federacji, a jedynie 8,22 mld euro przekazały zachodnie kraje związkowe⁵⁹. Po zakończeniu fazy przejściowej z dniem 31 grudnia 1994 r. nastąpiła

⁵⁷ C. Bräuer: *Finanzausgleich und Finanzbeziehungen im wiedervereinten Deutschland*. Wiesbaden 2005, s. 144.

⁵⁸ *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands* z 31.08.1990 r., (BGBl. II, s. 885, 889).

⁵⁹ C. Bräuer: *Finanzausgleich und Finanzbeziehungen im wiedervereinten Deutschland*. Wiesbaden 2005, s. 144; W. Möschel: *Strukturwandel in den fünf neuen Bundesländern. Eine Zwischenbilanz*. Tübingen 1992, s. 491.

faza konsolidacyjna, czyli etap pełnej integracji nowych landów z obowiązującą Konstytucją. Sam system wyrównawczy i metody jego obliczania, z wielkimi wyjątkami absolutnie koniecznymi z punktu widzenia zjednoczenia, pozostał jednak praktycznie bez zmian; zostanie on jednak gruntownie zreformowany w 2020 r. na mocy reformy wyrównania finansowego⁶⁰.

Wszystkie reformy federalnych stosunków finansowych były w państwie niemieckim dyktowane zmieniającymi się uwarunkowaniami społecznymi, politycznymi czy gospodarczymi, stanowiąc przy tym środek do osiągnięcia celu, a nie cel sam w sobie. Silny federalizm II Rzeszy szedł w parze z dużą zależnością finansową władzy centralnej od jej krajów związkowych, co odpowiadało jednak heterogenicznemu charakterowi tego młodego i wciąż słabo zintegrowanego państwa. Z kolei katastrofalnie wręcz zadłużona po pierwszej wojnie światowej Republika Weimarska stawiała na ułatwiającej sprawne zarządzanie państwem centralizację — w szczególności finansów publicznych — sprowadzając rolę krajów związkowych do silnych jednostek samorządowych. Ustrój federalny i autonomia krajów związkowych były natomiast nie do pogodzenia z ideologią III Rzeszy i dyktaturą hitlerowską, czego logiczną konsekwencją było przejście do unitarnej organizacji państwa i pozbawienie krajów związkowych wszelkiej autonomii finansowej. Przyjęty w Niemczech po drugiej wojnie światowej, a obowiązujący do dzisiaj, model kooperatywnego federalizmu fiskalnego jest odzwierciedleniem zwiększającej się roli państwa, zwłaszcza w zakresie jego zadań socjalnych oraz dążenia do niwelowania dysproporcji regionalnych, a przez to zapewnienia wszystkim obywatelom jednolitych szans rozwoju. Historia stosunków fiskalnych w Niemczech doskonale obrazuje tym samym proces „dojrzewania” niemieckiej federacji i dostosowywania się ustroju państwowego do nowych potrzeb i zadań oraz zmieniającej się wizji państwa i jego roli.

⁶⁰ Ustawa z dnia 14 sierpnia 2017 r. *Das Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften* (BGBl. I, s. 3122).

Monika Nowakowska

Die Geschichte des fiskalischen Föderalismus vom Wiener Kongress (1815) bis zur Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990

Schlüsselwörter: deutsche öffentliche Finanzen, deutscher Föderalismus, fiskalischer Föderalismus, finanzieller Ausgleich in Deutschland

Zusammenfassung: In föderalistischen Staatsordnungen lassen sich die: Anhäufen, Verteilen, Verwenden und Verwalten von öffentlichen Finanzen betreffenden Fragen unter einem Sammelbegriff — fiskalischer Föderalismus zusammenfassen. Diese Finanzbeziehungen sind nicht nur deswegen interessant, dass sie die Finanzierung von öffentlichen Aufgaben möglich machen und im Grunde genommen die Grundlage des Staates darstellen, sondern auch deswegen, dass sie ein gewisses Lackmuspapier für die sich verändernden sozialen, wirtschaftlichen und politischen Bedingungen sind, und übrigens sehr gut die in einem Land geltende föderalistische Idee widerspiegeln. Auf den Erwägungen basierend untersucht die Verfasserin die Entwicklung von föderalistischen Finanzbeziehungen in Deutschland und deren Ursachen, und schildert den Reifungsprozess der deutschen Föderation und die Anpassung des staatlichen Finanzsystems an neue Bedürfnisse und Aufgaben des Staates. Der Ausgangspunkt für ihre Untersuchung ist die im Wiener Kongress im Jahre 1815 gegründete Konföderation deutscher Staaten, d.i. Deutscher Bund. Im vorliegenden Beitrag werden wichtigste Stadien der Gestaltung von föderalistischen Finanzbeziehungen dargestellt, angefangen von starkem Föderalismus des Zweiten Reiches und großer Abhängigkeit der Zentralmacht, über Zentralisierung der Finanzen in Weimarer Republik und völliger Auflösung der Föderation zur Zeit des Dritten Reiches bis zu dem nach dem Zweiten Weltkrieg entwickelten Modell des kooperativen fiskalischen Föderalismus und Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990.

Monika Nowakowska

History of Fiscal Federalism in Germany from the Congress of Vienna in 1815 to the Reunification of Germany in 1990

Keywords: German public finances, German federalism, fiscal federalism, fiscal equalization in Germany

Summary: In federal systems, the accumulation, division, distribution, and administration of public finances can be covered by a collective notion of fiscal federalism. These financial relations are particularly interesting not only because by enabling funding of public tasks they are in fact a pillar of the state, but also because they are a kind of litmus test for changing social, economic, and political conditions. What is more, they perfectly reflect the model of federalism adopted in a country. Based on this, the author conducts an analysis of the development of financial relations in Germany and of its causes. She shows the „maturing” process of the German federation and adjusting its federal financial system to the new needs and goals of the state. A starting point for reflections is the establishment of a confederation of German states — German Confederacy at the Congress of Vienna in 1815. This article examines the most formative stages of federal fiscal relations starting from the strong federalism of the Second Reich and large dependence of central authority through the financial centralization of the Weimar Republic and complete liquidation of the federation during the Third Reich and continuing to the model of cooperative fiscal federalism introduced after World War II until the reunification of Germany in 1990.

SŁAWOMIR TKACZ
Katowice

Teoria normy prawnej Szymona Rundsteina — założenia wyjściowe

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie stanowiska teoretycznego wybitnego polskiego prawnika okresu międzywojennego, profesora prawa międzynarodowego Szymona Rundsteina. Życiorys S. Rundsteina, którego w czasie drugiej wojny światowej przesiedlono do getta warszawskiego, a następnie wywieziono do obozu koncentracyjnego w Treblince, gdzie został zamordowany w sierpniu 1942 r. w komorze gazowej, jest znany, dlatego w tym miejscu nie ma potrzeby przytaczać faktów dotyczących jego drogi zawodowej i naukowej¹. Zainteresowania naukowe S. Rundsteina obejmowały różne obszary prawoznawstwa. Jest on autorem wielu interesujących prac z zakresu prawa międzynarodowego i prawa cywilnego. Podkreślam, że przedstawione tu rozważania ograniczam do problematyki teorii normy prawnej w poglądach S. Rundsteina. Inne niezwykle interesujące zagadnienia, będące przedmiotem prac autora, pozostawiam poza zakresem prowadzonych analiz.

¹ Zob. Z. Borzymińska: *Szymon Rundstein*. W: *Polski słownik judaistyczny*. Red. Z. Borzymińska, R. Żebrowski. Warszawa 2003, cyt. za: http://www.jhi.pl/psj/Rundstein_Szymon [dostęp: 28.01.2017]. Zob. także A. Meszorer: *O Szymonie Rundsteinie*. „Palestra” 1958, nr 2/2(6), s. 89—93; K. Pol: *Poczet prawników polskich*. Warszawa 2000, s. 959.

Normatywizm w świetle głównych nurtów teoretyczno-prawnych w Polsce międzywojennej

Badania teoretycznoprawne w Polsce w okresie międzywojennym — jak pisze Stanisław Czepita — były prowadzone na wydziałach prawa wszystkich funkcjonujących w tym okresie uniwersytetów oraz Wolnej Wszechnicy Polskiej². Główny nurt dyskursu w tym okresie stanowił spór pomiędzy zwolennikami psychologicznej teorii prawa a Czesławem Znamierowskim pracującym w ośrodku poznańskim. Do nurtu psychologicznego, który prawo traktuje w kategoriach przeżycia psychicznego, zalicza się przede wszystkim koncepcje teoretyczne Leona Petrażyckiego, który w 1918 r. przybył do Polski³, kontynuując prace rozpoczęte w Rosji, oraz Jerzego Lande, który odegrał kluczową rolę w procesie recepcji myśli Petrażyckańskiej w Polsce⁴. Myśl L. Petrażyckiego, w szczególności zaproponowane przezeń kryteria rozróżnienia prawa i moralności oraz podziały przeżyć prawnych zostały poddane analizie w odrębnych studiach przedstawicieli środowiska śląskiego, zatem w tym miejscu nie ma potrzeby ponownie powtarzać przedstawionych tam ustaleń⁵. Poglądy C. Znamierowskiego, który, konsekwentnie krytykując stanowisko L. Petrażyckiego, również sam podejmował psychologiczną problematykę prawoznawstwa⁶, kształtowały się pod wpływem wielu koncepcji teoretycznoprawnych

² S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne w Polsce międzywojennej*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1980, T. 32, z. 2, s. 130. Szymon Rundstein wykładał prawo w Wolnej Wszechnicy Polskiej (w latach 1921—1927 kierował Katedrą Prawa Narodów). Zob. opracowania cytowane w przypisie nr 1.

³ Por. K. Motyka: *Wpływ Leona Petrażyckiego na polską teorię i filozofię prawa*. Lublin 1993, s. 24.

⁴ Ibidem, s. 29.

⁵ Obszernie L. Nowacki: *O rozróżnieniu prawa i moralności w teorii Leona Petrażyckiego*. „Studia Filozoficzne” 1981, nr 5, s. 51—62; J. Nowacki: *O stosunku prawa intuicyjnego do prawa pozytywnego w teorii Leona Petrażyckiego*. W: *Z zagadnień teorii prawa i teorii nauki Leona Petrażyckiego. Studia opracowane dla upamiętnienia stulecia urodzin*. Red. K. Opałek. Warszawa 1969, s. 89—112; J. Nowacki: *Koncepcja sprawiedliwości Leona Petrażyckiego*. W: *Z zagadnień teorii prawa i teorii nauki Leona Petrażyckiego...*, s. 73—87; S. Tkacz: *O pozytywności i oficjalności prawa w teorii Leona Petrażyckiego*. „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 1, s. 75—91; Idem: *O wykładni prawa w teorii Leona Petrażyckiego*. W: *O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin*. Ks. II. Red. M. Mikołajczyk [et al.]. Białystok 2010, s. 383—398. Por. także K. Opałek: *The Leon Petrażycki Theory of Law*. „Theoria. A Swedish Journal of Philosophy and Psychology” 1961, Vol. 26, s. 141.

⁶ K. Motyka: *Wpływ...*, s. 27—28.

— uznawany jest on zarówno za pozytywistę⁷, jak również przedstawiciela koncepcji socjologicznych (sam autor określał swoją koncepcję mianem „zdrowego realizmu”)⁸. C. Znamierowski teoriom psychologicznym stawiał fundamentalny zarzut, że w kategoriach przeżycia psychicznego traktują przedmioty niepsychiczne w tym prawo⁹. Przedstawicielami koncepcji prawnonaturalnych (tomistycznych) w okresie międzywojennym byli przede wszystkim Czesław Martyniak oraz Jacek Woroniecki¹⁰. Nie można także pominąć prac autorów związanych z wileńskim środowiskiem prawniczym, wśród których między innymi wymienić należy Bronisława Wróblewskiego, Józefa Zajkowskiego i Sawę Frydmana (Czesława Nowińskiego), którzy pozostawali zarówno pod silnym wpływem teorii socjologicznych, jak również psychologicznej teorii prawa, którą J. Zajkowski starał się zobiektywizować¹¹.

Rola normatywizmu w okresie dwudziestolecia międzywojennego oceniana jest niejednoznacznie¹². Niektórzy autorzy wyrażają pogląd, że koncepcje normatywistyczne w Polsce międzywojennej miały stosunkowo niewielu zwolenników¹³ czy też że występowali oni w mniejszości¹⁴. Koncepcje teoretyczno-prawne Hansa Kelsena oddziaływały zwłaszcza — jak pisze jeden z autorów — „na teoretyzujących praktyków, dla których normatywistyczna konsekwencja w posługiwaniu się metodą formalno-dogmatyczną czyniła czystą naukę prawa niewątpliwie atrakcyjną”¹⁵. Oprócz S. Rundsteina do zwolenników normatywizmu zaliczani są także Stanisław Druks (Druszkowski), Maciej Starzewski, a także po części Władysław Leopold Jaworski (choć zwraca się uwagę na ewolucję poglądów tego autora)¹⁶. S. Czepita podkreśla to, że „Cechą wspólną dla polskich koncepcji normatywistycznych było uznanie w ramach tych koncepcji, iż teoria prawa jest teorią norm prawnych rozpatrywanych z punktu widzenia ich budowy i wzajemnych między nimi powiązań”¹⁷. Jednakże czołowi

⁷ Obszernie K. Kuźmicz: *Stosunek Czesława Znamierowskiego do filozofii Immanuela Kanta*. „Miscellanea Historico-Iuridica” 2007, T. 5, s. 77—94.

⁸ S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 119.

⁹ Por. K. Motyka: *Wpływ...*, s. 27.

¹⁰ Por. S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 134.

¹¹ Szerzej zob. A. Stępkowski: *Polska myśl prawna i prawnicza*. W: *Synteza prawa polskiego 1918—1939*. Red. T. Guz, J. Głuchowski, M.R. Pałubska. Warszawa 2013, s. 57—62.

¹² Obszernie K. Opałek: *Normativism against the background of methodological Inquires in Polish Legal Theory*. In: *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*. Ed. Z. Ziemiński. Amsterdam 1987, s. 17—25.

¹³ S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 130.

¹⁴ L. Dubel: *Elementy współczesnej krytyki „czystej teorii prawa” Hansa Kelsena*. W: *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*. Red. A. Bosiacki. Warszawa 2017, s. 229—230.

¹⁵ A. Stępkowski: *Polska myśl prawna...*, s. 66.

¹⁶ Por. L. Dubel: *Elementy...*, s. 229—230; S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 130.

¹⁷ S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 131.

przedstawiciele normatywizmu W.L. Jaworski i S. Rundstein akceptowali niektóre elementy czystej teorii prawa, inne tezy austriackiego uczonego poddając krytyce¹⁸, modyfikując je i twórczo rozwijając¹⁹. W.L. Jaworski krytykował H. Kelsena za relatywizm²⁰. Pod koniec życia sformułował on postulat oparcia hierarchicznego systemu prawa na „suwerennej moralności Chrystusowej”²¹ — jak wskazuje jeden z autorów — łącząc formalizm w teorii prawa z „diamentalnie odmienną etyką i zapatrywaniem na życie społeczne”²².

S. Rundstein stanowisko normatywistyczne przedstawił w monografii, która ukazała się w 1924 r. pt. *Zasady teorii prawa*²³, przy czym Czesław Martyniak podnosił, że praca S. Rundsteina jest „[...] raczej samodzielny wykładem myślowym autora. Dla poznania teorii Kelsena może mieć znaczenie pośrednie tylko jako wpływ tych zasad, które w tzw. wiedeńskiej szkole prawa są uznawane”²⁴. Koncepcja S. Rundsteina modyfikowała oryginalne koncepcje normatywistyczne, autor ten pozostawał bowiem także pod wpływem teorii fenomenologicznych²⁵ (przede wszystkim poglądów Adolfa Reinacha)²⁶. Niezależnie od tego S. Rundstein uchodzi za konsekwentnego polskiego normatywistę²⁷. Według J. Wróblewskiego, S. Rundstein, traktując założenia czystej teorii prawa, bardziej rygorystycznie niż H. Kelsen, był radykalniejszym normatywistą niż sam twórca tej koncepcji²⁸. Zgodzić się należy z poglądem S. Czepity, że stanowisko S. Rundsteina stanowiło własną oryginalną koncepcję normy prawnej²⁹.

¹⁸ Por. L. Dubel: *Elementy...*, s. 230.

¹⁹ S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 131.

²⁰ A. Bosiacki: *Wstęp do: H. Kelsen: Czysta teoria prawa*. Tłum. R. Szubert. Warszawa 2014, s. 35.

²¹ Por. S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 131; A. Bosiacki: *Wstęp do...*, s. 35.

²² A. Stępkowski: *Polska myśl prawna...*, s. 68.

²³ S. Rundstein: *Zasady teorii prawa*. Warszawa 1924.

²⁴ C. Martyniak: *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*. Lublin 1938, przyp. 21.

²⁵ Zwraca na to uwagę K. Opałek: *Początki teorii prawa w Polsce Odrodzonej*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1992, T. 44, z. 1—2, s. 109. Tak też S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 131.

²⁶ Por. S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 7—8: „Rzecz oczywista, że nie może być tu mowy — jak chcą niektórzy — o redukcji pojęcia prawa do »nie dającej się opisać zasadniczej kategorii ducha ludzkiego«. Kategorje te — jak to przy rozważaniu poszczególnego zagadnienia metodologicznego słusznie zauważył Reinach — ani nie są sztucznie stosowane, ani też dopiero tworzone, lecz znajduwane i odkrywane”. O idei apriorycznej teorii prawa zob. A. Reinach: *Aprioryczne podstawy prawa cywilnego*. Tłum. T. Bekrycht. Kraków 2009, s. 39 i nast. Obszernie: T. Bekrycht: *Aprioryczność prawa. Ontologia prawa w fenomenologii Adolfa Reimacha*. Warszawa 2009.

²⁷ A. Bosiacki: *Wstęp do...*, s. 36.

²⁸ J. Wróblewski: *Krytyka normatywistycznej teorii prawa i państwa Hansa Kelsena*. Warszawa 1955, s. 303.

²⁹ S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 130.

Rozprawa S. Rundsteina spotkała się z zainteresowaniem zwolenników innych koncepcji, którzy niejednokrotnie się do niej odnosili w swoich studiach. Jak pisze jeden z autorów, wzbudzając znaczne zainteresowanie w środowisku teoretyków prawa, stała się ona ważnym wydarzeniem naukowym³⁰. Krytyczną recenzję rozprawy ogłosił C. Znamierowski³¹, który „[...] odnosił się krytycznie do wszystkich koncepcji, które zmierzały do wyeliminowania z zakresu zainteresowań teoretycznoprawnych problemów społecznego funkcjonowania prawa oraz do tych, które nie dostrzegały doniosłości problematyki zaliczanej do tzw. płaszczyzny logiczno-językowej”³². Stanowiła ona także przedmiot obszernych komentarzy w przypisach do studium J. Landego poświęconego podstawom teorii prawa na tle krytyki H. Kelsena³³. Autor wprost pisał o zainteresowaniu koncepcją H. Kelsena, który „wpływem swym wywołał pojawienie się ciekawej książki S. Rundsteina”³⁴.

Ważnym wydarzeniem w latach dwudziestych były „Narady nad teorią prawa”, które odbyły się z dniach 25, 26 i 27 marca 1924 r. w Krakowskim Towarzystwie Filozoficznym z inicjatywy W.L. Jaworskiego³⁵. Kazimierz Opałek zauważa, że S. Rundstein pomimo zaproszenia na obrady nie przybył (autor nie wskazuje, co było przyczyną jego absencji)³⁶. W trakcie dyskusji doszło do polemiki pomiędzy J. Landem, a C. Znamierowskim. J. Lande, starając się przekonać uczestników obrad do poglądów L. Petrażyckiego, wystąpił z ostrą krytyką poglądów C. Znamierowskiego³⁷. Ten ostatni autor sformułowane zarzuty

³⁰ Por. K. Opałek: *Początki teorii...*, s. 109.

³¹ Recenzja pracy S. Rundsteina: *Zasady teorii prawa*. „Ruch Prawniczy i Ekonomiczny” 1924, nr 3, s. 390 i nast.

³² K. Kuźmicz: *Stosunek...*, s. 79.

³³ J. Lande: *Norma prawna a zjawisko prawne. Rozważania nad podstawami teorii prawa na tle krytyki systemu Kelsena*. W: *Prace z dziedziny Teorii prawa*. Red. W.L. Jaworski. Kraków 1925, s. 265—266, 288, 307, 316, 320—321, 326, 327—328. Szerokie odniesienie się do pracy S. Rundsteina w przypisach i zbieżność wydania omawianych opracowań może rodzić domniemanie (aczkolwiek nie znajdujące potwierdzenia w źródłach), że J. Lande już po napisaniu swojej rozprawy (bądź fragmentów opracowania), postanowił uwzględnić w przypisach nową monografię S. Rundsteina i odnieść się do poglądów jej autora.

³⁴ *Ibidem*, s. 239.

³⁵ Por. K. Opałek: *Początki teorii...*, s. 110—111.

³⁶ *Ibidem*, s. 111.

³⁷ Protokół obrad zawierający wystąpienia ogłoszone w toku „Narad nad teorią prawa” opublikowano w tomie: *Prace z dziedziny Teorii prawa*. Red. W.L. Jaworski. Kraków 1925. J. Lande wskazał m.in. w trakcie obrad (s. 73): że „[...] próba teorii prawa prof. Znamierowskiego wydaje mi się przykładem pomieszania różnych stanowisk w stopniu dotąd rzadko spotykanym [...]. Przedstawiono ją tu jako objaw zdrowego realizmu. Nie mogę dać się w tym kierunku przekonać, mimo zapewnień samego autora. W programie mamy tu istotnie realizm silnie zaznaczony [...]. Lecz w istocie jest to rzeczywistość sztucznie skonstruowana z elementów psychofizycznych obcych prawu i z elementów normatywnych obcych rzeczywistości”.

uznał za bezpodstawne i „niegroźne dla jego konstrukcji teoretycznej”³⁸. Wiele uwagi w trakcie obrad poświęcono stanowisku normatywistycznemu, które prezentowali Adolf Liebeskind, Władysław Wolter, a przede wszystkim Stanisław Druks. Autor ten, odwołując się między innymi do poglądów S. Rundsteina, swoje uwagi poświęcił metodzie normatywnej i charakterystyce normy prawnej, która — jak wskazał — ma „specyficzny układ strukturalny i specyficzne cechy powiązań”³⁹. Zauważyć należy, że w swoim wystąpieniu S. Druks sformułował szereg uwag krytycznych wobec poglądów prezentowanych przez szkołę normatywistyczną⁴⁰. W obronie stanowiska H. Kelsena stanął między innymi J. Lande, który zauważył, że „[...] o ile chodzi o dogmatykę prawa, to Kelsen i jego szkoła, oraz jej przedstawiciel polski p. Rundstein, mają poważną zasługę w swojej dążności do ustalenia normatywnego charakteru tej nauki i oczyszczenia jej od naleciałości pseudo-realistycznych. Gdy panowie ci twierdzą, że obowiązywanie normy nie jest tem samym, co jej działanie faktyczne [...], gdy w ogóle walczą konsekwentnie o idealny charakter pojęć dogmatyki, to dokonują dzieła zdrowego i pożytecznego, równoległego z pracą Petrażyckiego, a u Rundsteina świadomie na tej pracy opartego”⁴¹. Do zagadnienia petrażyckich inspiracji w dorobku S. Rundsteina powrócę w ostatnim punkcie rozważań.

K. Opałek, poddając analizie „Narady...”, zwrócił uwagę na to, że oddźwięk teorii psychologicznej przedstawionej przez J. Landego u pozostałych uczestników obrad był prawie żaden; większe zainteresowanie wywołało wystąpienie C. Znamierowskiego⁴². Jak pisze autor, bardziej atrakcyjną dla zebranych okazała się jednak koncepcja H. Kelsena, która „widocznie lepiej przystawała do praktycznych zainteresowań *prawem w znaczeniu prawniczym* i do *myślenia prawniczego*, niż dalekie od tego teorie psychologiczne czy socjologiczne”⁴³.

Podsumowując, zwrócić należy uwagę na to, że w okresie dwudziestolecia międzywojennego normatywizm był przedmiotem krytyki ze strony przedstawicieli pozostałych nurtów teoretycznych — zarówno zwolenników psychologicznej teorii prawa, koncepcji socjologicznych, prawnonaturalistów, a także umiarkowanych pozytywistów⁴⁴. Niezależnie od powyższego zgodzić się należy

³⁸ C. Znamierowski, konkludując swoje rozważania, wskazał, że „[...] to co p. Lande błędym pomieszczeniem rzeczy biegunowo różnych nazywa, uczyniłem zupełnie świadomie, z całkowitą premedytacją: za jedno z najważniejszych mych zadań w mej konstrukcji podstawowych pojęć prawa poczyniłem właśnie ustalenie równoważności pomiędzy zdaniem z »powinien«, a zdaniem logicznymi bez tego terminu, czyli w terminologii p. Landego, pomiędzy zdaniem normatywnym a zdaniem czy zdaniami teoretycznymi”. Zob. wypowiedź C. Znamierowskiego w protokole obrad, wskazanym w przypisie 12 na stronie 80.

³⁹ Wystąpienie Stanisława Druksa w wymienionym protokole na s. 20—45.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Wystąpienie J. Lande, protokół, s. 72.

⁴² K. Opałek: *Początki teorii...*, s. 113.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Por. S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 130.

z K. Opałkiem, że znaczenie normatywizmu oraz oryginalnych koncepcji akceptujących jego założenia w okresie międzywojennym w Polsce pomniejsza się, krytykując pewne jego elementy. Stale bowiem do poglądów H. Kelsena powracano, wiele założeń aprobując, zwłaszcza w aspekcie dogmatyki prawa⁴⁵.

Na marginesie dodać należy, że podobnie było w okresie powojennym. Poglądy S. Rundsteina zostały uwzględnione między innymi w krytyce normatywistycznej teorii prawa i państwa H. Kelsena autorstwa Jerzego Wróblewskiego, który, odnosząc się na ostatnich stronach swojej monografii do zagadnienia wpływu normatywizmu na polską teorię prawa, wprost uznał S. Rundsteina za teoretyka normatywizmu w Polsce⁴⁶.

Założenia metodologiczne Szymona Rundsteina

Teoria normy prawnej S. Rundsteina wychodzi z założeń ustalonych przez Hansa Kelsena, które zostały następnie rozwinięte przez innych przedstawicieli tzw. jursprudencji normatywnej (przede wszystkim przez Adolfa Merkla, który był uczniem H. Kelsena)⁴⁷. Ich fundamentem jest badanie norm prawnych w oderwaniu od rozważań psychologicznych, socjologicznych oraz problematyki polityki prawa⁴⁸.

Na wstępie poczynić należy uwagę terminologiczną odnośnie do aparatu pojęciowego, którym posługuje się S. Rundstein. Autor ten dla określenia fundamentalnego dla H. Kelsena rozróżnienia *Sein i Sollen* posługuje się terminologią „istniejące — być powinno”⁴⁹. J. Lande wprost wskazał, że za bardziej „dogodne” ze względu na formę rzeczownikową należy uznać wyrazy „byt — powinność”⁵⁰. Taką też terminologię przyjęto w polskiej tradycji.

S. Rundstein kładzie nacisk na zagadnienie metody⁵¹. Jak pisze: „Punkt widzenia, pod którym rozważane są dane przedmioty, stosunki, zjawiska, przesądza założenie układu teoretycznego, dążącego do ujęcia i poznania owych przedmiotów, stosunków, zjawisk”⁵². Akceptując tezę H. Kelsena, że „ujęcie metodologiczne jest tym zabiegiem, który porządkuje — a przeto kształtuje

⁴⁵ K. Opałek: *Początki teorii...*, s. 113.

⁴⁶ J. Wróblewski: *Krytyka...*, s. 303—305.

⁴⁷ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, przedmowa. Autor prace H. Kelsena określa jako „kapitał” [przyp. — S.T.].

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ J. Lande: *Norma prawna...*, s. 16.

⁵¹ Por. J. Wróblewski: *Krytyka...*, s. 303.

⁵² S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 1.

— treść⁵³, przyjmuje on, iż istnieje „metoda normatywna” będąca specyficzną metodą badawczą teorii prawa⁵⁴. Treść — jak pisze autor — „staje się przedmiotem poznania dzięki obiorowi ustalonego punktu widzenia. Można iść nawet dalej, uznając zasadę, zgodnie z którą [...] odnośna metoda określa istotę przedmiotu poznania⁵⁵. Wyraźnie podkreśla on, iż „ustalenie punktu widzenia» zawiera w sobie i przesądza rozwiązanie badanych zagadnień⁵⁶. Tak więc, „**postawienie problemu jest jego rozwiązaniem** [podkr. — S.T.]⁵⁷. Jeżeli zatem „w obranym punkcie widzenia nastąpią przesunięcia lub przekształcenia” — „pojęcia, którym nadajemy miano prawnych, będą różne, nie bacząc na tożsamość nomenklatury⁵⁸. Istnieje zatem ścisły związek między metodą a przedmiotem badania⁵⁹. Tożsamość przedmiotu poznania warunkuje tożsamość metody, która wytycza proces poznania⁶⁰.

Czyniąc przedstawione powyżej założenia, S. Rundstein następnie przechodzi do określenia metody badania prawa. Autor zwraca uwagę na to, że zjawiska prawne mogą być badane różnymi metodami, przy czym, ujęcie psychologiczne i socjologiczne (metoda psychologiczna oraz metoda socjologiczna) uniemożliwiają ich analizę teoretyczną⁶¹. „Teoria prawa polega na założeniu zasadniczym, zgodnie z którym poznanie pojęcia prawa może być zrozumiane przez »właściwe« ujęcie⁶². Skoro przedmiot badań teoretycznoprawnych stanowią normy (nie zaś treści faktyczne), owym „właściwym ujęciem” jest ujęcie normatywne⁶³. S. Rudstein zauważa, że założenia poczynione przez H. Kelsena polegają na podkreśleniu i uwypukleniu aspektu formalnego — „Tylko w tym trybie może być zachowana jedność poznania prawnego i mogą być usunięte zbyteczne [...] fikcje, urzeczowienia, zniekształcające i wypaczające metodologię prawoznawstwa⁶⁴. Zarzuty w przedmiocie tego, że akceptacja metody normatywistycznej wyłącza badanie treści prawa, autor odrzuca, uznając, iż bezpodstawne są twierdzenia rozróżniające normę prawną (formę) z jednej strony, z drugiej zaś, „treść czy przedmioty, które są przez prawo porządkowane⁶⁵. „»Odniesienie« poszczególnych treści posiada charakter formalny. Badanie tych »treści« nie będzie bynajmniej wyłączone; bez tego badania nie byłaby możliwa ich relacja do naczelnej

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Por. S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 131.

⁵⁵ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 1.

⁵⁶ Ibidem, s. 3.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem, s. 1—2.

⁵⁹ Por. J. Wróblewski: *Krytyka...*, s. 303.

⁶⁰ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 4.

⁶¹ Ibidem, s. 4—5.

⁶² Ibidem, s. 10.

⁶³ Ibidem, s. 14—22.

⁶⁴ Ibidem, s. 12.

⁶⁵ Ibidem.

zasady porządkującej”⁶⁶. Wyraźnie należy wskazać, że zdaniem S. Rundsteina prawo może być także badane „poza aspektami normatywnymi” (bez odniesienia do nomy), jednakże teoria prawa się tym nie zajmuje, bowiem takie kwestie jak analiza socjologicznych założeń prawa, badanie idei sprawiedliwości i innych wartości, czy też funkcji prawa w środowisku społecznym, polityki prawa etc. są to „kompleksy „wobec których każda teoria normatywna musi być obojętna”⁶⁷.

Na zakończenie pokreślić należy, że zgodnie ze stanowiskiem S. Rundsteina „**Szkoła normatywna teorii prawa z całym naciskiem stwierdza właściwy jej formalno-logiczny charakter rozważań** [podkr. — S.T.]”⁶⁸. „Zagadnienia celu i wartości, problemy wytycznych i probierzy nie są w tej płaszczyźnie rozważań na miejscu — albowiem założenie naczelne wyłącza wszelką »faktyczność«, jako samoistną materję poznania”⁶⁹. Co prawda jurysprudence w szerokim znaczeniu tego słowa obejmuje zatem także socjologię i politykę prawa, ale rozważania na tych płaszczyznach nie stanowią teorii prawa⁷⁰. Sama zaś teoria prawa nie może „mieć innych zadań poza »poznaniem prawnem«”⁷¹.

Konkludując, stwierdzić należy to, że centralną kategorią w rozważaniach S. Rundsteina jest norma. Badania teoretycznoprawne to badanie norm — wyłączone jest natomiast badanie faktów, którymi ewentualnie mogą się zajmować inne dyscypliny prawoznawstwa⁷².

Charakterystyka normy prawnej i jej struktura

W rozważaniach zawartych powyżej ustalano, że przedmiotem teorii prawa według S. Rundsteina są normy prawne. Obecnie przejdę do charakterystyki normy prawnej i jej struktury.

S. Rundstein charakteryzuje normę prawną jako „sąd hipotetyczny, w którym ustala się pewna powinność”⁷³. Autor wprost wskazuje, że „Przez normę w najogólniejszym tego słowa znaczeniu rozumieć należy wypowiedź, która w odniesieniu do jakiegokolwiek dziedziny faktycznej stanowi pewne »żą-

⁶⁶ Ibidem, s. 13.

⁶⁷ Ibidem, s. 19.

⁶⁸ Ibidem, s. 18.

⁶⁹ Ibidem, s. 10.

⁷⁰ Ibidem, s. 22.

⁷¹ Ibidem, s. 22.

⁷² Ibidem, s. 16: „Powyżej zobrazowane sposoby ujęcia mogą rozważać problemy »faktyczności«, mogą stosować probierze celu i wartości, tworzyć oraz pewne wytyczne, które wskazują konieczny, słuszny lub celowy (w rozumieniu poszczególnych teorii) kierunek postępowania”.

⁷³ Ibidem, s. 39.

daniek⁷⁴. Innymi słowy norma ustala „to, co ma być [podkr. — S.T.]”⁷⁵. Cechą charakterystyczną analizowanej koncepcji jest odrzucenie poglądów, które istotę norm prawnych wiążą z ich treścią bądź celem⁷⁶. Jak pisze autor: „Nie jest tedy treść takim elementem, który, dzięki swym cechom, nadawałby normie charakter normy prawnej”⁷⁷. Także „Cele normy nie są normą, dążenia, które norma zakłada, są dla istoty normy obojętne, znajdują się zresztą poza polem widzenia prawnego”⁷⁸. Jednakże najbardziej istotną, a jednocześnie — jak wydaje się — najbardziej kontrowersyjną tezę sformułowaną przez S. Rundsteina jest zaprezentowane przezeń stanowisko, zgodnie z którym trzeba odrzucić pogląd, iż „pozytywność” pozwala na identyfikację reguł jako norm prawnych. Autor, analizując źródła normy prawnej, *expressis verbis* stwierdza, że „**Nie wyjaśnia jej również założenie pozytywności [...]. Nie jest dla normy istotne, czy działa ona obecnie, czy działała kiedyś, czy działać będzie w przyszłości** [podkr. — S.T.]”⁷⁹. W świetle przytoczonej wypowiedzi — zgodzić się należy z poglądem przedstawionym w literaturze — że w koncepcji S. Rundsteina zaciera się granica pomiędzy prawem jako zbiorem norm obowiązujących aktualnie, a zbiorem norm uchylonych czy zbiorem postulowanym⁸⁰.

S. Rundstein normę prawną nieodłącznie wiąże z terminem „moc prawna” — owa moc jest źródłem norm⁸¹. Poddając analizie pojęcie mocy prawnej, autor wprowadza termin „ważność” normy. Jak pisze, „w dziedzinie ujęcia normatywnego mówić należy „o »ważności«, eliminując zarówno zagadnienia »usprawiedliwienia« jako też kwestje »urzeczywistnienia«”⁸². „Ważność” normy nie zależy od tego, kto jest jej twórcą. Tym samym „Zagadnienie »pochodzenia« przypuszczające istnienie jakiegoś bliżej nieokreślonego twórcy czy autora normy jest zupełnie obojętne dla wyjaśnienia jej istoty”⁸³. Wyjaśniając pojęcie „ważność”, S. Rundstein stwierdza, że „Wypowiedź »powinno być n« jest ważna, jeśli odpowiednikiem jej jest takie nastawienie, w którym — zgodnie z założeniem — stać się ma to, »co być powinno«”⁸⁴. Jak pisze autor, „I tak ważność jest zupełnie niezależna od tego, czy i jak, z jakich pobudek

⁷⁴ Ibidem, s. 68.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Por. J. Wróblewski: *Krytyka...*, s. 303.

⁷⁷ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 31. Kontynuując autor pisze: „Nie istnieje taka dziedzina, która w ten czy inny sposób, pośrednio lub bezpośrednio, mogłaby być wyłączona z układu relacyjnego, z odniesienia do normy. Z tej zasady wynika, że istota normy prawnej nie może być ujęta przez analizę odniesionej do niej treści”.

⁷⁸ Ibidem, s. 33.

⁷⁹ Ibidem, s. 34.

⁸⁰ S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 133.

⁸¹ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 26.

⁸² Ibidem, s. 103—104.

⁸³ Ibidem, s. 36.

⁸⁴ Ibidem, s. 83.

w i jakich warunkach zachodzi ziszczenie lub nieziszczenie normy”⁸⁵. Istotna jest „ważność” utożsamiana z „egzystencją” normy⁸⁶. „W tem rozumieniu należy również przypuścić utożsamianie ważności z »pozytywnością« — oczywiście nie w znaczeniu faktyczności, ani też w znaczeniu procesu stanowienia normy [...], gdyż pozytywna jest każda norma niezależnie od sposobu jej powstania”⁸⁷.

Oczywiście w tym miejscu analizy teorii S. Rundsteina musi pojawić się pytanie, czy, będąc wiernym założeniu „czystości teorii”, można na płaszczyźnie normatywnej dokonać ustaleń w przedmiocie „egzystencji” normy (jej ziszczenia lub nieziszczenia) i to „nie w znaczeniu faktyczności”. Wydaje się, że problem ten wymagałby jednakże podjęcia w odrębnym studium.

Warto zauważyć — na co zwracał zresztą uwagę J. Lande — że teoria S. Rundsteina poszukuje pojęcia normy prawnej „niezależnego od kryterium mocy obowiązującej, a zwłaszcza od kryteriów oficjalno-dogmatycznych”⁸⁸. Zresztą problematyka „obowiązowania” („mocy obowiązującej”) nie jest przedmiotem jego szerszego zainteresowania⁸⁹. Odmienne stanowisko teoretyczno-prawne zajmuje J. Lande, który wprost wskazuje, że „P. Rundstein obdarza wszystkie normy prawne jako takie cechą ważności, której ja im odmawiam, używając dla niej terminu mocy obowiązującej lub obowiązowania”⁹⁰.

Odrębne uwagi S. Rundstein odnosi do problemu subiektywizacji normy prawnej, formułując wniosek ogólny, iż teoria normatywna „nie ma potrzeby uciekania się do konstrukcji praw podmiotowych”⁹¹.

S. Rundstein w sposób szczegółowy analizuje problematykę struktury normy prawnej. Struktura zaproponowana przezeń jest złożona. Wyraża on pogląd, że struktura normy nie może sprowadzać się li tylko do określenia powinności, czy też sankcji — norma „nie kończy się” także na wypowiedzi „A powinien zachować się *n*, jeśli zaś nie zachowa się *n* — nastąpi skutek *n*”⁹². Autor podkreśla, że norma „*A* powinien zachować się w odpowiedni sposób” nie jest samoistna, jest ona „częścią składową takiej, obejmującej »założenie« i »skutek«, jednej normy, która wiąże wypowiedź o powinności *A* z przedstawieniami trybu postępowania, czy zachowania innych osób”⁹³, które w myśl normy „zachować się powinny względem *A* według normatywnie określonych treści”⁹⁴. Specyfiką struktury normy prawnej — jak pisze jeden z autorów —

⁸⁵ Ibidem, s. 84.

⁸⁶ Ibidem, s. 102.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ J. Lande: *Norma prawna...*, s. 320.

⁸⁹ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 261.

⁹⁰ J. Lande: *Norma prawna...*, s. 328.

⁹¹ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 307—330.

⁹² Ibidem, s. 170.

⁹³ Ibidem, s. 172.

⁹⁴ Ibidem, s. 173.

jest zatem to, że wypowiedź „*A* powinien zachować się (postąpić) w sposób *n* [według S. Rundsteina »norma pierwsza« — S.T.]” wiąże się z drugim jej ogniwem: „jeśli *A* nie uczyni *n*, to *B* powinien postąpić wobec niego w sposób *nl* [według S. Rundsteina »norma wtórna« — S.T.]”⁹⁵. Brak tego drugiego ogniwa skutkuje tym, że nie będziemy mieli do czynienia z normą prawną⁹⁶. Podkreślić, że, jak pisze S. Rundstein, „W jedności połączeń ogniw normy prawnej widzimy jej cechę charakterystyczną”⁹⁷.

Wyraźnie należy wskazać, że sankcja stanowi w poglądach autora konieczny element struktury normy prawnej. Warto w tym miejscu odnieść się także do komentarza J. Landego z aprobatą przyjmującego pogląd S. Rundsteina, który — jak pisze — „rozciga kryterjum sankcji” także na normy obowiązujące (obowiązki) państwo⁹⁸.

Do przeprowadzonych w tej materii rozważań autor odwoływał się w pracy z 1939 r. pt. *W poszukiwaniu prawa cywilnego*, uznając między innymi za niebezpieczne na gruncie prawa prywatnego operowanie pojęciem „dysproporcji” w trakcie rozważań dotyczących budowy normy prawnej⁹⁹.

System norm — prawo

Niezwykle interesujące są w moim przekonaniu rozważania S. Rundsteina poświęcone problematyce prawa rozumianego w kategoriach systemu norm¹⁰⁰. W tym miejscu skupię się na tych fragmentach koncepcji S. Rundsteina, w których widoczna jest odmienność wobec założeń kelsenowskich.

Na wstępie warto przypomnieć, że autor ten problematyką rozumienia prawa i jego relacji do moralności zajmował się już we wcześniej ogłoszonych pracach. Zwrócić należy uwagę na studium pt. *O etycznie obojętnych przepisach prawa*, w którym autor, przedstawiając zagadnienie „podstawowych zasad całego systemu prawa”, nie wykluczył ich zgodności z moralnością¹⁰¹. Pisze on między innymi: „Te zasady podstawowe zgodne być mogą z moralnością

⁹⁵ Por. S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 132.

⁹⁶ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 180.

⁹⁷ Ibidem, s. 188.

⁹⁸ J. Lande: *Norma prawna...*, s. 316.

⁹⁹ Por. S. Rundstein: *W poszukiwaniu prawa cywilnego*. Warszawa—Kraków 1939, s. 13.

¹⁰⁰ Niezwykle interesujące w tym aspekcie wydają się rozważania S. Rundsteina poświęcone systemom prawnym państw totalitarnych, a w szczególności prawu radzieckiemu, którym odmówił on jakichkolwiek wartości. Obszernie problem ten przedstawił: M. Mohyluk: *Sz. Rundstein o prawie radzieckim*. „Miscellanea Historico-Iuridica” 2008, T. 6, s. 67—77.

¹⁰¹ S. Rundstein: *Studia i szkice prawne*. Lwów 1904, s. 27.

współczesną — mogą też być względem niej na stopie wojennej. Tu o »obojętności« mowy być nie może. Ale szkielet owych zasadniczych, podstawowych przepisów [...] oblezony jest w skórę i ściętna norm ściśle technicznych, utilitarnych¹⁰². Przepisy prawa mogą być zatem różnie oceniane w świetle moralności (autor czyni jednakże zastrzeżenie, że „żadnych punktów stycznych nie znajdziemy, gdy je pod kątem moralności »przyszłej« zechcemy badać”)¹⁰³. Jedne z nich mogą „bezpośrednio z etyką znajdować się w związku”, czy też w „związku pośrednim”, może być i tak, że są one „z punktu widzenia wszelkiej moralności zupełnie obojętne” — nie łącząc się z moralnością¹⁰⁴ — nie można wykluczyć i konfliktów (dość częstych)¹⁰⁵. Konkludując, autor wyraża pogląd, że pomiędzy prawem a moralnością istnieje „podstawowy związek”, którego jednakże nie można sprowadzić do „tożsamości”¹⁰⁶.

W rozprawie *Zasady teorii prawa* S. Rundstein wiele uwagi poświęca problematyce systemu norm prawnych i powiązań pomiędzy normami. Wyraźnie należy wskazać, że autor nie sprowadza systemu norm wyłącznie do norm tworzonych przez państwo. „Norma prawna niekoniecznie musi być przejawem tego kompleksu, który w rozumieniu współczesnym nazywa się państwem”¹⁰⁷. System norm to „ujęcie wszystkich wypowiedzi o tem, co być powinno, o ile wypowiedzi te sprowadzają się do wzoru więcej niż jednozespołowego, niezależnie zupełnie od kwalifikacji i różnorodności treści zawartych w tych wypowiedziach”¹⁰⁸. S. Rundstein akceptuje pogląd H. Kelsena o dynamicznym charakterze powiązań w systemie („dynamiczny” aspekt normatywności prawnej)¹⁰⁹ oraz istnieniu normy podstawowej („norma najwyższa”) jako naczelnej normy w systemie¹¹⁰. Cechą zbioru norm prawnych według S. Rudsteina jest „zasadnicza jedność sytemu”, która opiera się na tożsamości struktury norm¹¹¹. **Znaczenie systemu „nie polega na możliwości »wyprowadzenia« danej normy z normy nadporządkowanej i na ustaleniu logicznej współzależności norm w ich »stosunkach wzajemnych«** [podkr. — S.T.]¹¹². Normy — jak

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem, s. 28.

¹⁰⁴ Ibidem, s. 28—29. Przy czym autor podkreśla, że „Ale te zasady — etycznie, czy nie-etyczne, rozumne, czy bezcelowe — z chwilą, gdy w życiu działać mają, muszą być zdefiniowane ściśle, do poszczególnych kategorii objawów życiowych przystosowane” (ibidem, s. 28).

¹⁰⁵ Ibidem, s. 35.

¹⁰⁶ Ibidem, s. 38: „Twierdzenia powyższe ilustrują zasadę podstawowego związku prawa z moralnością, związku, który nie jest wcale tożsamością: w przejawach poszczególnych obie sfery różnią się od siebie i zakres działania posiadają niejednakowy”.

¹⁰⁷ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 165.

¹⁰⁸ Ibidem, s. 224.

¹⁰⁹ Ibidem, s. 192.

¹¹⁰ Ibidem, s. 224 i nast.

¹¹¹ Ibidem, s. 268.

¹¹² Ibidem, s. 264.

pisze autor — są zawsze „w swym wyglądzie strukturalnym i w swym trybie powiązań identyczne”¹¹³. Według niego „Istota systemu w rozumieniu normatywnym polega na tym, że wszystkie poszczególne wypowiedzi, o ile kwalifikowane są jako »prawne«, dają się sprowadzić do jednego i zawsze identycznego wyglądu strukturalnego”¹¹⁴. Sformułowana teza odnosi się także do „normy najwyższej”, która w aspekcie normatywnym nie może się różnić od innych norm¹¹⁵. S. Rundstein wprost wyraża pogląd, że „Normy poszczególne nie dedukują się z normy najwyższej, która w swej strukturze niczem się od nich nie różni. Mogą się do niej »sprowadzać« [...], [być identyczne w strukturze z normą najwyższą — S.T.]”¹¹⁶.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że w koncepcji S. Runsteina nie istnieje problem sprzeczności w systemie. „W idealnie rozumianej normatywności sprzeczności te nie są »dane«. Albowiem wszystkie wypowiedzi są bezwzględnie ważne”¹¹⁷. J. Wróblewski, analizując stanowisko teoretycznoprawne autora w tej materii, wyraża pogląd, iż S. Rundstein odrzuca postulat niesprzeczności systemu¹¹⁸. Przedstawiona przezeń interpretacja może rodzić pewne wątpliwości, z uwagi na to, że wypowiedzi S. Rundsteina — odmiennie niż wskazuje J. Wróblewski — mogą także być rozumiane w kategoriach realizacji swoście pojmanego postulatu „niesprzeczności systemu” — sprzeczności nie mogą w systemie (tak jak on jest rozumiany przez S. Rundsteina) zaistnieć, z uwagi na tożsamość struktury norm.

W tym miejscu kilka uwag należy sformułować wobec zaproponowanej przez S. Rundsteina koncepcji normy podstawowej. Jego „norma najwyższa” — odmiennie niż to ma miejsce w poglądach H. Kelsena¹¹⁹ — nie jest normą prawną, albowiem „uważana jest za niewymagające uzasadnienia przypuszczenie systemu”¹²⁰. Nie ma ona także charakteru normy moralnej, bowiem posłuszeństwo dla ustanowionych obowiązków nie musi być obowiązkiem moralnym¹²¹. Nie może zostać także uzasadniona przez żadną inną normę, „gdyż wówczas nie byłaby ona najwyższą”¹²². Istotną tezę dla koncepcji S. Rundsteina jest pogląd, iż „norma najwyższa nie może być rozważana metodą normatywną (nie może być ona poznana prawnie)”¹²³. **„Właśnie przez zaznaczenie, że norma najwyższa nie może być w jej wyodrębnieniu rozważana norma-**

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ibidem, s. 265.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem, s. 267.

¹¹⁷ Ibidem, s. 271.

¹¹⁸ J. Wróblewski: *Krytyka...*, s. 303.

¹¹⁹ Por. S. Czepita: *Koncepcje teoretycznoprawne...*, s. 133.

¹²⁰ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 343.

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem, s. 38.

¹²³ Ibidem, s. 345 i nast.

tywnie, upada zarzut sceptycyzmu i dowolności, a to dzięki określeniu właściwej granicy metodologicznej [podkr. — S.T.]”¹²⁴.

Wypowiedzi S. Rundsteina dotyczące rozumienia „normy najwyższej” mogą być różnie interpretowane, w szczególności mam tu na myśli tezę o tym, że może być ona wyjaśniona tylko w „rozważaniu eksplikacyjnym”¹²⁵. Jak pisze autor, charakteryzując „normę najwyższą”, „[...] o której eksplikacyjnie powiedzieć należy, że posiada ona »zdolność« urzeczywistniania sprowadzonych do niej wskazań”¹²⁶. Uzasadnienie „normy najwyższej” (podobnie jak normy podstawowej H. Kelsena) jest tym elementem teorii S. Rundsteina, który wywołuje najwięcej wątpliwości; trudno w sposób jednoznaczny ustalić stanowisko autora w tym zakresie. Wydaje się jednak, że, uzasadniając „normę najwyższą”, podejmuje on próbę zastąpienia Kelsenowskiego formalizmu, eksplikacją przenoszącą rozważania nad „normą najwyższą” w sferę intencjonalnej tożsamości struktury norm będących elementami systemu [norma najwyższa »istnieje«, ale nie może być ona poznana prawnie — S.T.] i „normy najwyższej”, która nie jest normą prawną, lecz pewnym koniecznym założeniem (przywzruszeniem) systemu¹²⁷.

Na koniec zwrócić należy uwagę na to, że S. Rundstein dość sceptycznie odnosi się do Kelsenowskiej teorii „napięcia, która zakłada pewne „minimum działania”, jako konieczny odpowiednik „ważności systemu” (minimum efektywności społecznej systemu prawnego)¹²⁸. Uzasadnieniem „normy najwyższej” nie jest zatem faktycznie działanie (efektywność) systemu. Zdaniem S. Rundsteina ustalenia co do efektywności systemu przekraczają granice poznania normatywnego, bowiem trudno stwierdzić kto i w jaki sposób miałby ustalić „minimalną efektywność”. Dlatego też poglądy H. Kelsena w tym zakresie, zdaniem autora, są „ustaleniem pewnej »tendencji«, nie zaś wytyczną, która w czemkolwiek mogłaby zmienić zasadnicze założenia teorii normatywnej”¹²⁹.

Inspiracje Petrażyckińskie w poglądach S. Rundsteina

Lektura prac S. Rundsteina pozwala w nich odnaleźć zaskakująco wiele wątków nawiązujących do poglądów L. Petrażyckiego. Zwracał na to uwagę już J. Lande, który wprost wskazywał, że S. Rundstein słusznie odrzucał podział prawa i moralności według kryteriów zaproponowanych przez H. Kelsena

¹²⁴ Ibidem, s. 345.

¹²⁵ Por. J. Lande: *Norma prawna...*, s. 266.

¹²⁶ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 350.

¹²⁷ Por. J. Lande: *Norma prawna...*, s. 265—266.

¹²⁸ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 354 i nast.

¹²⁹ Ibidem, s. 357.

i „wypowiada niejedną trafną uwagę pod adresem teorii, uzależniających charakter norm od różnych czynników faktycznych, jak pochodzenie ich od kogoś, działanie w psychice określonego osobnika itp.”¹³⁰.

Zauważyć należy, że już w pracach powstałych na początku XX w. S. Rundstein przedstawił, szerzej uzasadniony w dziełach późniejszych, pogląd, że zbiór norm prawnych nie zamyka się w kręgu tych, które stworzyło państwo¹³¹. Akceptuje on także tezę L. Petrażyckiego o dwustronnym charakterze przepisów prawnych (S. Rundstein wprost powołuje się na L. Petrażyckiego, pisząc o normach atrybucyjno-nakazujących według terminologii Petrażyckiego)¹³².

W świetle analizy *Zasad teorii prawa* zwrócić należy uwagę na trzy najważniejsze punkty wspólne w poglądach wskazanych autorów:

1. S. Rundstein podziela pogląd L. Petrażyckiego, wprost pisząc, że „słusznie zauważył Petrażycki, że „pojęcie prawa winno obejmować zarówno prawo istniejące, jako też prawo możliwe w przyszłości pożądane [...]. Prawo projektowane zawiera w sobie wszystkie te cechy, które właściwe są prawu »pozytywnemu« — jest ono pomyślanem prawem pozytywnym”¹³³.
2. Autor formułuje stanowisko, że norma prawna jest niezależna od pochodzenia¹³⁴ — „Normą prawną są również ujawnione wskazania zwyczajowe i intuicyjne, które ustaliły się jako ważne w praktyce życiowej i w praktyce prawodawczej, wykonawczej i sądowej”¹³⁵. Píše on: „Pozatem »uzewnętrznienia« normy (według przyjętego szablonu: ustawa, zwyczaj, praktyka sądowa, nauka prawa) nie są koniecznym warunkiem jej istnienia”¹³⁶. W tym miejscu trzeba zauważyć, że S. Rundstein, podobnie jak L. Petrażycki, krytycznie oceniał wprowadzenie do prawoznawstwa terminu „źródło prawa”. L. Petrażycki wskazywał, że posługiwanie się w prawoznawstwie terminem „źródło prawa” można by hipotetycznie porównać do nazywania psów, kotów itd. „źródłami zwierząt”, a następnie prowadzenia dysput, czym są „źródła zwierząt”, w jakim stosunku pozostają do zwierząt, czy stanowią one formy tworzenia zwierząt etc.¹³⁷. S. Rundstein znów wskazywał, że pojęcie

¹³⁰ J. Lande: *Norma prawna...*, s. 288.

¹³¹ S. Rundstein: *Orzecznictwo jako źródło prawa*. „Themis Polska” 1913, T. 1, s. 166, cyt. za: K. Motyka: *Wpływ...*, s. 18—19. Por. S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 165.

¹³² Idem: *Studia...*, s. 35.

¹³³ Idem: *Zasady teorii...*, s. 28.

¹³⁴ Ibidem, s. 38: „Stwierdzając, iż norma prawna jest zupełnie niezawisła od jej »pochodzenia« — winniśmy zauważyć, iż samo pojęcie źródło nie jest ani ustalone, ani dokładne”.

¹³⁵ Ibidem, s. 35.

¹³⁶ Ibidem, s. 38.

¹³⁷ L. Petrażycki: *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*. T. 2. Warszawa 1960, s. 305: „Koty, psy itd. nie są źródłami zwierząt, nie są formami tworzenia zwierząt itd. i w ogóle nie są czymś odmiennym od zwierząt, lecz po prostu — są zwierzętami [...]. I tak samo tzw. »źródła prawa«: prawo zwyczajowe, ustawowe itd. są nie czym innym, jak samym prawem [...].”

„źródło prawa” jest „w istocie rzeczy zupełnie dowolną przenośnią”, która ma uzasadniać prawny charakter norm poprzez ustalenie ich pochodzenia¹³⁸. Nie będzie ono zatem nigdy pomocne dla wyjaśnienia normy prawnej¹³⁹.

3. W końcu S. Rundstein operuje charakterystycznym dla terminologii L. Petrażyckiego pojęciem „normy prawa intuicyjnego”, które „różnią się od wszelkich ustaleń państwowych i zwyczajowych tem właśnie, że jako indywidualnie — zmienne nie mogą być ustalone *ante casum*; są one [...] odpowiednikami wypadkowości konkretnej, a przez to wyodrębniają się jako swobodnie zmienne i przystosowujące do ukształtowań indywidualnych”¹⁴⁰. Termin ten pojawia się także w pracach autora o charakterze dogmatycznym¹⁴¹. Słusznie jednakże zauważa K. Motyka, że chociaż S. Rundstein operuje Petrażycjańskim pojęciem prawa intuicyjnego, trudno jest ustalić, w jaki sposób rozumie ten termin¹⁴². Z jednej strony wypowiedzi, że normy prawa intuicyjnego „nie mogą być sprowadzone do jakiegoś ogólnego zewnętrznego szablonu”¹⁴³, czy też iż mogą one w zależności od pewnych warunków przekształcić się w normy „stałe [(pozytywne) — S.T.]” wydają się bliskie koncepcji gatunków prawa zaproponowanej przez L. Petrażyckiego; z drugiej w innym miejscu autor formułuje uprzednio przytoczone stanowisko, że każda norma prawna jest normą pozytywną¹⁴⁴, co czyni nawiązanie do rozróżnień Petrażycjańskich mocno wątpliwym.

Niezależnie od podniesionych powyżej wątpliwości i tego, że S. Rundstein rzadko wprost cytuje L. Petrażyckiego, pewne związki myślowe jego stanowiska z psychologiczną teorią prawa są, aż nadto widoczne¹⁴⁵. Nie może rodzić wątpliwości to, że teoria L. Petrażyckiego była doskonale znana S. Rundsteinowi, który nawet jeżeli nie akceptował jej fundamentów teoretycznoprawnych, nawiązywał do niej formułując własne poglądy.

¹³⁸ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 34—35.

¹³⁹ Ibidem, s. 38.

¹⁴⁰ Ibidem, s. 38—39.

¹⁴¹ Por. S. Rundstein: *Zagadnienie teorii prawa w orzecznictwie cywilnym Sądu Najwyższego*. „Palestra” 1937, nr 12, s. 1048: „Teorie filozoficzno-prawne znajdują czy to wyraźne, czy to mgliste odbicie w wytworach prawa pozytywnego i intuicyjnego”.

¹⁴² K. Motyka: *Wpływ...*, s. 134—135.

¹⁴³ S. Rundstein: *Zasady teorii...*, s. 38.

¹⁴⁴ Ibidem, s. 162.

¹⁴⁵ Obszernie K. Motyka: *Wpływ...*, s. 12, 13, 18—20, 134—135.

Podsumowanie

Teoria normy prawnej S. Rundsteina, łącząc stanowisko normatywistyczne z fenomenologią i elementami charakterystycznymi dla teorii psychologicznych, jest propozycją oryginalną i interesującą. Wyraźnie należy stwierdzić, że z jednej strony S. Rundstein bardzo rygorystycznie podchodzi do normatywistycznego założenia „czystości” teorii prawa, z drugiej strony zauważalna jest jego fascynacja fenomenologią i liczne nawiązania do teorii psychologicznej. Analizy wypowiedzi autora formułujących jego założenia teoretycznoprawne nie są zadaniem prostym — rozważania są bowiem wielowątkowe, zawierają one także liczne nawiązania do poglądów innych autorów. Niewątpliwie teoria S. Rundsteina może zostać rozmaicie odczytana. Świadczy to też o jej wyjątkowości. Wyraźnie podkreślam, że powyżej przedstawione rozważania są moją indywidualną interpretacją poglądów tego autora. Nie można wykluczyć odmiennych jej ujęć.

Wydaje się, że z uwagi na renesans zainteresowania poglądami H. Kelsen, co związane jest między innymi z wydaniem polskiego przekładu *Czystej teorii prawa*, nieco zapomniana koncepcja normatywistyczna S. Rundsteina zasługuje na „odkurzenie” i ponowne odczytanie. W niniejszym opracowaniu przedstawiono jej założenia wyjściowe. Szczególnie interesujące wydaje się jednakże porównanie prac poświęconych normie prawnej ogłoszonych w okresie dwudziestolecia międzywojennego przez S. Rundsteina i C. Znamierowskiego. Uważam, że koncepcje tych autorów, kształtujące się pod wpływem wielu poglądów teoretycznoprawnych, mają także obecnie wiele „do zaoferowania” polskiemu prawoznawstwu. Dlatego też odrębne studium, stanowiące kontynuację przedstawionych rozważań, zostanie poświęcone zagadnieniu punktów wspólnych i różnic w pracach autorów, podejmujących problematykę normy prawnej.

Sławomir Tkacz

Szymon Rundsteins Theorie der Rechtsnorm — Ausgangsvoraussetzungen

Schlüsselwörter: Rechtsnorm, Rechtssystem, Rechtstheorie, Rechtspositivismus, Phänomenologie

Zusammenfassung: Zum Gegenstand des Beitrags wird die Analyse der von Szymon Rundstein entwickelten Theorie der Rechtsnorm. Im ersten Teil bespricht der Verfasser die wichtigsten rechtstheoretischen Tendenzen in Polen der Zwischenkriegszeit. Rechtspositivistische Ideen hatten wenige Anhänger und waren verlockend für die sich mit der Rechtstheorie befassenden Theoretiker. Im zweiten Teil des Beitrags wird es versucht, rechtstheoretische Ansichten Szymon Rundsteins zu rekonstruieren. Der Verfasser bespricht seine eigenen methodologischen Voraus-

setzungen und analysiert sowohl die in Rundsteins Erwägungen als Hauptkategorie erscheinende Rechtsnorm, als auch das Normsystem angehenden Aussagen Rundsteins. Kurz und gut: obwohl Rundstein rechtspositivistische Voraussetzung von „Klarheit“ des Rechtes sehr rigoristisch behandelt, sind auch seine Leidenschaft für Phänomenologie und zahlreiche Anknüpfungen an psychologische Theorien erkennbar. In seinen Werken sind überdies viele Bezüge auf Petrażyckis Tradition zu erkennen. Rundsteins Theorie der Rechtsnorm modifiziert daher rechtspositivistische Thesen H. Kelsens und stellt originelle, unter dem Einfluss von verschiedenen rechtstheoretischen Meinungen entstandene Konzeption dar. Zweifelsohne sollte diese Theorie der Rechtswissenschaft empfohlen und neu „entschlüsselt“ werden.

Sławomir Tkacz

Szymon Rundstein’s Theory of a Legal Norm — Preliminary Assumptions

Keywords: legal norm, legal system, theory of law, normativism, phenomenology

Summary: The subject of this article is an analysis of Szymon Rundstein’s theory of a legal norm. In the first part of his study, the author discusses primary trends in the theory of law in inter-war Poland. Indicating that normative concepts had few supporters, the author simultaneously notes that they attracted law practitioners dealing with legal theory. The second part is an attempt at reconstructing Szymon Rundstein’s views on legal theory. Having proposed his methodology, the author analyzes Szymon Rundstein’s statements regarding both a legal norm, a central category in his considerations, and a normative system. In conclusion, it has been pointed out that although Szymon Rundstein takes a very rigorous approach to the normative assumption about the “purity” of the theory of law, he appears to be fascinated with phenomenology and frequently alludes to psychological theories. Specifically, many references alluding to Leon Petrażycki’s tradition can be traced in his writings. Thus, Szymon Rundstein’s theory of a legal norm modifies the normative assumptions of Hans Kelsen and is an original concept that was developed under the influence of many theoretical-legal views. It undoubtedly has a lot to offer and requires “re-reading”.

ANNA STAWARSKA-RIPPEL, TOMASZ ADAMCZYK
Katowice

Problem modelu apelacji w sprawach karnych w II Rzeczypospolitej w ujęciu porównawczym — historia czy współczesność?

I. Zagadnienie ukształtowania systemu środków odwoławczych w postępowaniu sądowym zarówno w sprawach karnych, jak i cywilnych, stanowi materię, która jest przedmiotem szczególnego zainteresowania prawników reformatorów. Kolidowanie na gruncie środków odwoławczych poszczególnych wartości, wynikające z potrzeby uwzględnienia zarówno interesu publicznego, jak i prywatnego, powoduje, że znalezienie *modus vivendi* nastręcza trudności zwłaszcza w kontekście zmieniających się warunków ustrojowych i społecznych. Dyskusji nad przedmiotowym zagadnieniem sprzyjają momenty przełomowe. W tym kontekście nie dziwi fakt, że w dobie transformacji prawa sądowego system środków odwoławczych jest zasadniczym punktem debaty i jest jednym z najtrudniejszych pod względem legislacyjnym elementów każdej ustawy procesowej¹.

Jak wiadomo, w Polsce w minionym wieku fundamentalna transformacja prawa sądowego powodowana zmianami ustrojowymi nastąpiła trzykrotnie. Pierwszej, po odzyskaniu niepodległości w 1918 r., towarzyszyła szeroka debata dotycząca środków odwoławczych, w trakcie której poszukiwano najbardziej

¹ P. Grzegorzczak: *Dopuszczalność i kształt apelacji w postępowaniu cywilnym — perspektywy przyszłej regulacji z uwzględnieniem standardów konstytucyjnych i międzynarodowych*. W: *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*. Red. K. Markiewicz, A. Torbus. Warszawa 2014, s. 222.

użytecznego kompromisu w warunkach odradzającego się państwa polskiego. Prowadzone wówczas prace nad nowym polskim prawem procesowym były w istocie głębokim komparatystycznym studium, gdzie obok dwóch zasadniczych systemów — romańskiego w wersji francuskiej i rosyjskiej oraz germańskiego w ujęciu austriackim i niemieckim, wzięto pod uwagę także najnowsze kompilacyjne rozwiązania.

Mimo ograniczenia naukowej dyskusji w czasie drugiej transformacji, w Polsce Ludowej, kiedy dokonano gruntownej przebudowy procedur sądowych zgodnie z narzuconym wówczas wzorcem radzieckim, w gąszczu ideologicznych wypowiedzi dostrzegamy rzeczowe, merytoryczne argumenty znane zarówno międzywojennej debacie, jak i współczesnej. Dotyczyły one zwłaszcza konstrukcji środka odwoławczego drugiej instancji, dopuszczenia w nim nowości, zasady bezpośredniości, i sprawności postępowania². Przesądzone jednak w ówczesnych realiach politycznych zlikwidowanie założeń dotychczasowego systemu środków odwoławczych ze „zbędnym i szkodliwym ogniwem” w postaci apelacji trafnie skonstatował sędzia Sądu Najwyższego Antoni Landau: „Będziemy szczerzy, jeśli powiemy, że konieczności zmuszają nas do skasowania drugiej instancji merytorycznej i dobrze zrobimy, jeżeli o tym będziemy pamiętać przy sprecyzowaniu przepisów procesowych”³. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fenomen błyskawicznego, aczkolwiek wymuszonego, ujednolicenia prawa, w tym prawa procesowego, w państwach demokracji ludowej⁴.

W dobie trzeciej transformacji po 1989 r., a także w ostatnich latach, materia środków odwoławczych była przedmiotem wyjątkowej uwagi. W trakcie przebudowy (1995) systemu środków odwoławczych z antydemokratyczną rewizją nadzwyczajną⁵ oddaną do dyspozycji jedynie czynnika urzędowego, oraz przywrócenia apelacji i kasacji, zdecydowano o zachowaniu dotychczasowych cech zwyczajnego środka odwoławczego w drugiej instancji charakterystycznych zarówno dla apelacji, jak i kasacji. Współcześnie przeważają w nauce prawa procesowego poglądy przychylające się do pełnej apelacji z domieszką apelacji ograniczonej. Próba rozstrzygnięcia problemu potrzeby przyspieszenia postępowania i jednoczesnego nasycenia zwyczajnego środka odwoławczego w większym stopniu elementami apelacji była nowelizacja polskiego procesu

² A. Stawarska-Rippel: *Elementy prywatne i publiczne w procesie cywilnym w świetle prac kodyfikacyjnych w Polsce (1918—1964). Studium historycznoprawne*. Katowice 2015, s. 325—337.

³ A. Landau. W: *Konferencja w sprawie reformy ustroju i postępowania sądowego*. „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1946, nr 4, s. 12.

⁴ K. Lubiński: *Tendencje unifikacyjne w rozwoju prawa postępowania cywilnego*. W: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Witolda Broniewicza. Symbolae Vitoldo Broniewicz dedicatae*. Red. A. Marciniak. Łódź 1998, s. 230.

⁵ J. Gudowski: *Pogląd na apelację*. W: „*Aurea praxis aurea theoria*”. *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, T. 1. Red. J. Gudowski, K. Weitz. Warszawa 2011, s. 247.

karnego z 27 września 2013 r. Wprowadzając do postępowania karnego elementy zapożyczone z anglosaskiej tradycji procesowej przebudowała również zasadniczo postępowanie odwoławcze w celu zlikwidowania zjawiska nadmiernej kasatoryjności w drugiej instancji i związanej z nią „multiinstancyjności” przedłużającej postępowanie⁶.

Jednym z zasadniczych problemów, z którymi nauka prawa procesowego zmagają się niemal od samych jej początków jest przyspieszenie postępowania: „Słuszne jest podkreślenie powszechnego zła, jakim jest przewlekanie procesów, tak nieprzychylnie usposabiające przeciwko wykonywaniu jurysdykcji sądowej”⁷. Trudności rozstrzygnięcia tego dylematu sprowadzają się do zakresu ustępstw na rzecz przyspieszenia postępowania kosztem ograniczenia praw procesowych stron i pokrzywdzonego. W trakcie prac nad reformą pierwszego polskiego kodeksu postępowania karnego na Zjeździe Prawników Polskich, który odbył się w dniach 4—8 listopada 1936 r. w Katowicach, uwypuklił ten problem Stefan Glaser: „Myślą przewodnią przy urządzaniu procesu karnego, względnie kształtowaniu jego zasad, na których się ten proces opiera, winno być z jednej strony zapewnienie państwu należytej realizacji władzy karnej, a z drugiej zaś ochrona wolności i swobód obywatelskich przed nadmiernymi ograniczeniami i upośledzeniami. Innymi słowy, ideą przewodnią winno być tutaj zachowanie rozumnej równowagi, a w każdym razie należytego stosunku pomiędzy interesem publicznym i prywatnym”⁸.

Współcześnie zauważono, że długoterminowa tendencja zmian w procesie karnym w Europie zmierza przede wszystkim w kierunku usprawnienia i przyspieszenia postępowania karnego. Bezpośrednim wyrazem zarysowania tej tendencji była już rekomendacja Rady Europy (1997) w programie *Europe in time of change*, która zaleciła znaczne przyspieszenie postępowania karnego⁹. Cytując współczesną komparatystkę prawa karnego procesowego, „gorączka sprawnościowa opanowała karny wymiar sprawiedliwości”¹⁰. Rów-

⁶ P. Czarnecki: *Quo vadis appellatio...? Rewolucja czy ewolucja w aktualnym modelu postępowania odwoławczego w sprawach karnych*. W: *Postępowanie odwoławcze w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego: od sprzeciwu do kasacji — gradacja środków zaskarżenia*. Red. P. Czarnecki, M. Nowak. Kraków 2016, s. 15—36; S. Steinborn: *Postępowanie dowodowe w instancji apelacyjnej w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*. „Prokuratura i Prawo” 2015, z. 1—2, s. 149.

⁷ S. Gołąb: *Skupienie i przyspieszenie postępowania w procesie cywilnym*. Lwów 1937, s. 9.

⁸ S. Glaser: *Postulaty reformy procesu karnego. Referat na Zjazd Prawników Polskich*. „Głos Prawa” 1936, nr 1—3, s. 21.

⁹ S. Waltoś, P. Hofmański: *Tendencje rozwoju modelu polskiego procesu karnego. Proces karny XXI wieku*. W: *System prawa karnego procesowego*. T. 1: *Zagadnienia ogólne*. Red. P. Hofmański. Warszawa 2013, s. 410.

¹⁰ J. Iontcheva-Turner: *Limits on the search for truth in criminal procedure: a comparative view*. In: *Comparative Criminal Procedure*. Eds. J.E. Ross, S.C. Thaman. Cheltenham, UK—Northampton, MA, 2016, s. 45.

nocześnie daje się zauważyć w kontekście harmonizacji i konwergencji minimalnych gwarancji proceduralnych jednostki tendencja do osłabiania bardzo silnie ukształtowanej w niektórych państwach ochrony za cenę wzmocnienia konkurencyjnych wartości¹¹. W zmieniających się warunkach wciąż trwają poszukiwania należytej i odpowiadającej im proporcji między ochroną praw oskarżonego a wartością odkrywania prawdy, potrzebą ochrony bezpieczeństwa publicznego, walki z rosnącą przestępczością i ochroną interesów pokrzywdzonego.

Interesującym zjawiskiem na tle historii podejmowanych prób wypracowania procedury sądowej odpowiadającej postulatowi rzetelności, sprawiedliwości i ekonomii procesowej jest zbliżanie się dwóch wielkich rodzin prawa — romańsko-germańskiej i *common law*. Charakterystyczne jest, że w Europie kontynentalnej wzorzec angielski przyjmowano jako remedium na niedomagania wymiaru sprawiedliwości. Wszak w tradycji angielskiej odnajdujemy *spiritus movens* idei nowożytnego wymiaru sprawiedliwości: powszechności, równości, niezależności sądów i niezawisłość sędziego, wdrożonych na Starym Kontynencie najwcześniej w systemie prawnym rewolucyjnej Francji. We Francji o szerokiej recepcji rozwiązań anglosaskich nie mogło być jednak mowy: „ani w Ameryce, ani nawet w Anglii nie było wszak *ancien régime*’u w »kontynentalno-europejskim« wydaniu”¹². Przykładem tego zjawiska jest instytucja sądów przysięgłych. Zapożyczona z tradycji angielskiej i wprowadzona we Francji w ustawodawstwie 1790—1791 r., a zmodyfikowana w 1808 r., tworzyła model kontynentalny tej instytucji. Współcześnie można zaobserwować zwiększenie zakresu przeszczepiania na grunt tradycji kontynentalnej instytucji proceduralnych wywodzących się z kultury *common law*, co sprzyja przyjmowaniu rozwiązań hybrydowych.

Kluczowa dla odpowiedniego „wymodelowania” systemu środków odwoławczych jest konstrukcja środka odwoławczego drugiej instancji. Stanowi ona punkt wyjścia projektowanych rozwiązań. Z tego też powodu charakter drugiej instancji należy do zagadnień najbardziej spornych: „Spór o nowości nie jest więc nowością: *nihili novi sub sole*. Historycznie spór o problem nowości sięga aż podstaw historii procesu w ogóle. Wystarczy przypomnieć z nauki prawa rzymskiego, że już w rzymskim procesie dekret jednego cesarza (Dioklecjana) wprowadza je na widownię, a dekret Konstancyna znowu je uchyla. Justynian zaś przywraca w całej pełni”¹³.

Warto zatem spojrzeć na problemy dotyczące ukształtowania drugiej instancji z perspektywy historycznej, zwłaszcza w kontekście „boju” o apelację

¹¹ J.E. Ross, S.C. Thaman: *Introduction: mapping dialogue and change in comparative criminal procedure*. In: *Comparative Criminal Procedure...*, s. 3—4.

¹² J. Baszkiewicz: *Francja w Europie*. Wrocław—Warszawa—Kraków 2006, s. 94.

¹³ J. Skąpski: *System środków prawnych w projekcie polskiej procedury cywilnej*. „Głos Prawa” 1927, nr 12, s. 424.

w sprawach karnych toczono go w trakcie projektowania pierwszego polskiego kodeksu postępowania karnego. Proponowane wówczas kontrowersyjne rozwiązanie polegające na likwidacji apelacji od orzeczeń kolegiального składu sądów okręgowych w sprawach karnych nie było do tej pory szerzej rozważane w literaturze przedmiotu¹⁴, a zwłaszcza z uwypukleniem tła porównawczego.

II. Trudności wynikające z istniejącej mozaiki prawnej w kontekście podjętych prac kodyfikacyjnych powodowały, że odrodzona Rzeczpospolita stała się nie tylko „kuźnią pracy ustawodawczej”, lecz również szczególnym „laboratorium prawa i ustawodawstwa porównawczego”, które pozwoliło „badać i porównywać wartość nowoczesnego prawa polskiego — *de lege ferenda* — z *lex lata* prawa obcego”¹⁵. Należy zaznaczyć, że porównawcze tło prac kodyfikacyjnych nie oznaczało kompilacyjności przyszłego polskiego prawa, co podkreślano wielokrotnie jeszcze przed powołaniem Komisji Kodyfikacyjnej Drugiej Rzeczypospolitej i następnie w trakcie jej prac. Panowała wówczas powszechna zgoda co do tego, że nowe polskie prawo nie mogło być jedynie „rejestracją” panującej wtedy nauki i praktyki, ale powinno uwzględniać rozwiązania twórcze najbardziej dogodne dla społeczeństwa polskiego, by projektowane kodeksy nie stały się anachronizmem już od pierwszych chwil ich obowiązywania¹⁶.

Zwłaszcza w przedmiocie unifikacji ustroju sądów i prawa procesowego pożądane było szybkie zaprojektowanie nowych polskich rozwiązań. Funkcjonowanie w praktyce wymiaru sprawiedliwości dwóch różnych systemów środków odwoławczych: kasacyjnego w wersji rosyjskiej, oraz rewizyjnego według modelu niemieckiego, zbliżającego się znacznie do kasacyjnego, i austriackiego, wiązało się ze skomplikowaną strukturą oraz podwójną rolą Sądu Najwyższego (a w zasadzie potrójną: Izba II dla województw centralnych, Izba III dla

¹⁴ Podstawowym opracowaniem dotyczącym kształtowania się polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym jest książka J. Koredczuka: *Wpływ nurtu socjologicznego na kształt polskiego prawa karnego procesowego w okresie międzywojennym (Les classiques medernes)*. Wrocław 2007. Sam problem likwidacji apelacji od orzeczeń sądów okręgowych był incydentalnie poruszany w literaturze i w znacznej mierze w ujęciu fakto-graficznym. M. Kober: *Postulaty metod przyspieszenia postępowania karnego w II Rzeczypospolitej*. W: *Przez tysiąclecia: państwo — prawo — jednostka*. Red. A. Lityński, M. Mikołajczyk. T. 2. Katowice 2001, s. 183—187. Zob. też M. Kober: *O środkach odwoławczych w polskiej procedurze karnej w okresie Drugiej Rzeczypospolitej. Uwagi na tle regulacji kodeksu postępowania karnego*. „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2004, s. 181—196.

¹⁵ *Sprawozdanie Sekretarza Generalnego prof. E.S. Rappaporta, z dziesięcioletniej działalności Komisji Kodyfikacyjnej (1919—1929)*. W: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Dział ogólny*. T. 1, z. 12. Warszawa 1929, s. 373.

¹⁶ L. Jaworski: *Najważniejsze zadanie*. „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1920, nr 1—4, s. 1.

województw południowych i Izba V dla województw zachodnich i Górnego Śląska), co petryfikowało istniejące różnice¹⁷.

Różnorodności obowiązujących regulacji towarzyszyło zróżnicowanie terminologii prawnej i funkcjonowanie dwóch konkurencyjnych języków prawniczych — języka prawników byłego Królestwa Kongresowego i języka prawników małopolskich — będące powodem ostrej polemiki w trakcie prac kodyfikacyjnych. W kontekście prac nad modelem środków odwoławczych w sekcji cywilnego prawa procesowego znawca przedmiotu krytykował przyjętą w projekcie terminologię: „Mamy tu pierwszą próbkę zwycięstwa systemu romańskiego, podczas gdy ogólna konstrukcja pozostaje zgodna z systemem germańskim. Dobór nazwy nie jest zbyt szczęśliwym. Zastępowanie nazwy »środek prawny«, znanej i przyjętej w dwu zaborach, przez nową, obcą, niebędącą zresztą trafnym oddaniem jej pierwowzoru francuskiego, musi budzić zastrzeżenia”¹⁸. Przeciwnego zdania był autor uzasadnienia projektu kodeksu postępowania karnego przyjętego przez Komisję Kodyfikacyjną w dniu 28 kwietnia 1926 r.: „Wyrażenie »środki prawne« jest brzydkim germanizmem — w dosłownym tłumaczeniu wyrazu *Rechtsmittel*, który ze swej strony jest błędnym tłumaczeniem łacińskiego wyrażenia »*remedia iuris*«, co właściwie oznaczało lekarstwa procesowe (*ius* — proces), »środki zaradcze procesowe«, »sposoby prawowania się«. Wyrażenia »środki prawne« nie rozumie nikt, kto nie zna prawniczego języka niemieckiego. [...] Język polski posiada na oznaczenie tego pojęcia przyjętą już w 3/4 kraju nazwę »środki odwoławcze«, niebudzącą żadnych nieporozumień, ani nie stanowiącą obcej naleciałości, i nie wiadomo dlaczego przez część prawników polskich na rzecz germanizmu bojkotowaną”¹⁹.

Nie wdając się w dyskurs z argumentami *pro* i *contra* przyjęciu terminologii na wzór francuski, należy stwierdzić, że nie był bez racji argument przeciwników takiego ujęcia, stwierdzający, że „odwołanie się” znaczące tyle co apelacja, jest pojęciem węższym niż „środki prawne”. Wiadomo, że z systemu francuskiego wywodził się podział na środki odwoławcze zwyczajne i nadzwyczajne, gdzie zwyczajnym była jedynie apelacja, która absorbowiała instytucję zażalenia. Ten podział przyjęły rosyjskie ustawy procesowe (1864), aczkolwiek z modyfikacjami francuskiego wzorca. Doktryna niemiecka definiowała środki prawne jako przewidziane przez ustawę sposoby uchylenia

¹⁷ D. Malec: *Sąd Najwyższy w latach 1917—1939*. W: *Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej. Historia i współczesność. Księga jubileuszowa 90-lecia Sądu Najwyższego 1917—2007*. Red. A. Korobowicz. Warszawa 2007, s. 144, 146.

¹⁸ M. Waligórski: *Środki odwoławcze kodeksu postępowania cywilnego w oświeceniu materiałów Komisji Kodyfikacyjnej*. „Nowy Proces Cywilny” 1933, nr 10—16, s. 308—309.

¹⁹ *Projekt ustawy postępowania karnego przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 28 kwietnia 1926, z uzasadnieniem*. W: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja postępowania karnego*. T. 2, z. 2. Warszawa—Lwów 1927, s. 569.

niekorzystnych rozstrzygnięć sądowych przed ich prawomocnością, za pomocą ponownego rozpoznania sprawy przez sąd wyższy czyli: apelację (*Berufung*), rewizję (*Revision*) i zażalenie (*Beschwerde*). Podobnie kształtowały się środki prawne w systemie austriackim z pewnym zróżnicowaniem w zakresie środka prawnego rozstrzyganego przez Sąd Najwyższy — *Der Oberste Gerichtshof* (Sąd Kasacyjny), który w sprawach karnych nosił nazwę zażalenia nieważności (*Nichtigkeitsbeschwerde*). Podobnie jak rewizja niemiecka, autriackie zażalenie nieważności było suspensywnym i dewolutywnym środkiem zaskarżenia, przy czym szerzej dopuszczającym niż w niemieckiej ustawie możliwość orzekania merytorycznego²⁰.

Sentyment do prawa francuskiego wiązał się bezspornie z obowiązywaniem prywatnego prawa francuskiego na ziemiach polskich, traktowanego jako rodzime i nienarzucone. Odegrało ono ogromną rolę w zachowaniu odrębności Polski od Rosji oraz przyczyniło się do rozwoju polskiej nauki prawa i tym samym tworzenia nowoczesnych pojęć prawniczych: „To prawo francuskie, narzucone przez jednych i często zwalczane przez innych, stało się w sercu Polski w ciągu XIX stulecia prawem drogim dla ludności polskiej, gwarancją łączności istniejącej bez przerwy pomiędzy Polską w niewoli a kulturą zachodu łacińskiego Europy”²¹. Posługiwanie się terminologią właściwą francuskiemu modelowi środków odwoławczych nie przesądziło o ostatecznym modelu tych środków w polskim prawie procesowym.

Antagonizm w zakresie terminologii prawnej pogłębiał się wraz publikacją projektów poszczególnych sekcji Komisji Kodyfikacyjnej: „Tyle już pisano o języku naszych ustaw, że chyba już zbyt liczny będzie do tylu uzasadnionych krytyk dodawać *infandum, regina jubes renovare dolorem*. Czy doprawdy tak trudno zdobyć się na poprawną i zrozumiałą polszczyznę, gdy chodzi o ustawy, każdego, kto przyjeżdża z Warszawy, o to pytam — otrzymuję stereotypową odpowiedź, winni temu galicjanie. A gdzież są warszawscy prawnicy? Czy podobna pomyśleć, aby wszystko działo się bez ich udziału?”²². Ubolewał nad tym Jakub Glass: „Winowajców dzisiejszego skażenia języka upatrują w obywatelach z Małopolski, których zgubnemu jakoby wpływowi przypisują całą dzisiejszą anarchię językową. Jad to germański, za pośrednictwem naszych bra-

²⁰ E. Krzymuski: *Wykład procesu karnego ze stanowiska nauki i prawa obowiązującego w b. dzielnicy austriackiej oraz z uwzględnieniem ważniejszych różnic na innych ziemiach Polski*. Kraków 1922, s. 197, 209, 211. Zob. też J. Rosenblatt, J. Makarewicz: *Ustawa o postępowaniu karnym z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami*. Kraków 1911, s. 36, 368—404.

²¹ E.S. Rappaport: *Sprawozdanie z dziesięciolecia działalności KK 1919—1929*. W: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Dział ogólny*. T. 1, z. 12. Warszawa 1929, s. 374.

²² J. Bekerman: *Kilka luźnych uwag o naszym ustawodawstwie*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1925, nr 35, s. 553.

ci z Małopolski, zatruć miał polską duszę”²³. O kontrowersji terminologicznej wśród prawnictwa polskiego wspominał też na zebraniu u Prezydenta Rzeczypospolitej, 18 lutego 1925 r., Henryk Konica: „Obok zarzutu powolności podnoszono wielokrotnie w sferach szerszych oraz prawniczych, że Komisja pozostaje pod jednostronnym wpływem prawa germańskiego, że wpływ ten odbija się na pracach Komisji, która rzekomo przeciwstawiać się ma w swej większości kierunkowi myśli prawniczej francuskiej”²⁴. Istotę zjawiska tzw. patriotyzmu dzielnicowego celnie ujął Józef Skąpski: „Prawo wciska się we wszystkie pory życia ludzkiego, niepostrzeżenie schodzi na dno duszy ludzkiej; *exercitio juris* przemienia się w *consuetudo*, potem staje się *inveterata consuetudo*, czyli *alter natura*. Cóż dziwnego, że człowiek walczy o to, co stało się jego drugą naturą, o prawo, do którego się przyzwyczaił”²⁵.

Niezależnie od animozji wynikających z patriotyzmu dzielnicowego prace kodyfikacyjne w Polsce po pierwszej wojnie światowej, niemające precedensu w Europie a nawet na świecie, charakteryzowało czerpanie nie tylko z rodzimych, ale też z obcych rozwiązań. Prace Komisji Kodyfikacyjnej przypadały na czasy rozwoju prawoznawstwa porównawczego, co w istotny sposób wpłynęło na jakość prac kodyfikacyjnych. W zakresie prac nad prawem procesowym budzi podziw głęboka analiza porównawcza dokonana przez referentów.

W materiale porównawczym uwzględnionym przez sekcję prawa karnego procesowego można jednak dostrzec przewagę procedur karnych wzorowanych na francuskim kodeksie postępowania karnego (1808). Sekcja poddała analizie regulacje kodeksów, poza obowiązującymi na ziemiach polskich, belgijskiego (1878)²⁶, szwajcarskiego kantonu Genewy (1884/1918)²⁷, włoskiego (1913)²⁸, hiszpańskiego (1882)²⁹, wzorowanego na rosyjskim bułgarskiego (1897)³⁰, serbskiego (1865) zasadniczo znowelizowanego w 1880³¹, a także węgierskiego (1896/1897)³²,

²³ J. Glass: *O języku prawniczym polskim*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1922, nr 31—32, s. 262.

²⁴ *Przemówienie H. Konica, przewodniczącego podkomisji redakcyjnej na zebraniu u Prezydenta Rzeczypospolitej w dniu 18 lutego 1925 r.* „Gazeta Sądowa Warszawska” 1925, nr 9, s. 141.

²⁵ J. Skąpski: *System środków prawnych...*, s. 432. Tę wypowiedź cytował wcześniej L. Górnicki: *Działalność kodyfikacyjna Józefa Skąpskiego seniora*. W: *Józef Skąpski ojciec 1868—1950, Józef Skąpski syn 1921—1998*. Kraków 2014, s. 67.

²⁶ *A History of Continental Criminal Procedure*. Ed. W.E. Mikkell [et al.]. Boston 1913, s. 582—583.

²⁷ *Ibidem*, s. 587.

²⁸ *Ibidem*, s. 585—586. Zob. też C. Calisse: *History of Italian Law*. Vol. 2. Washington 2001, s. 486.

²⁹ *A History of Continental Criminal Procedure...*, s. 584—585.

³⁰ *Ibidem*, s. 591—592.

³¹ *Ibidem*, s. 592.

³² *Ibidem*, s. 582; T. Antal: *Lessons and Criticism of the Criminal Jury in the History of Hungary*. „Canadian Social Science” 2015, Vol. 11, No. 6, s. 216.

oraz japońskiego — gdzie pierwszy kodeks postępowania karnego (1880) oparty był na wzorcu francuskim, lecz w krótkim czasie został zastąpiony nowym kodeksem (1890) wzorowanym już na prawie niemieckim, tak jak następny japoński kodeks z 1922 r.³³. W obrębie zainteresowań członków sekcji prawa karnego procesowego był również karny proces turecki (1879), zastąpiony w 1929 r. nowym tureckim kodeksem procedury karnej³⁴. W przeciwieństwie do warszawskiego w przeważającej mierze składu sekcji prawa karnego procesowego, w pracach nad projektowaniem prawa cywilnego procesowego uwzględniono zwłaszcza: procedurę cywilną szwajcarskiego kantonu Zurychu z 1913 r. i szwajcarskiego kantonu Berna z 1918 r. oraz węgierską procedurę cywilną z 1911 r.³⁵. W obrębie zainteresowań członków Komisji znalazły się również procedura cywilna włoska (1865)³⁶, grecka (1834)³⁷, a także angielska (1873—1875)³⁸.

III. Ukryty pod inicjałami międzywojenny znawca prawa obcego słusznie wywodził brak apelacji, albo jej ograniczenie, z przyjętej struktury sądownictwa. Funkcjonowanie sądów przysięgłych, ławniczych, względnie jednych i drugich albo wyłącznie państwowych orzekających kolegialnie czy też jednoosobowo determinowało możliwość złożenia apelacji. Analizując zakres apelacji w kilkunastu państwach europejskich i pozaeuropejskich, wyróżnił takie, które zupełnie wyeliminowały apelację, wprowadziły apelację ograniczoną, oraz takie, które przyjęły pełną apelację w procesie karnym³⁹.

Zupełne wyeliminowanie apelacji przewidywało szwajcarskie federalne prawo postępowania karnego z 1934 r., gdzie oprócz sądów państwowych funkcjonowały również sądy przysięgłych, a wyższy federalny sąd karny orze-

³³ J. Izidorczyk: *Kulturowe uwarunkowania stosowania prawa karnego w Japonii*. „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2012, z. 2, s. 81.

³⁴ *A History of Continental Criminal Procedure...*, s. 593; F. Yenisey: *The organization of Criminal Justice in Turkey*. In: *Introduction to Turkish Law*. Eds. T. Ansay, D. Wallace Jr. The Netherlands 2011, s. 237.

³⁵ A. Stawarska-Rippel: *Elementy prywatne i publiczne w procesie cywilnym...*, s. 385.

³⁶ M. Waligórski: *Polskie prawo procesowe cywilne. Funkcja i struktura procesu*. Warszawa 1947, s. 26—27; S. Płaza: *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*. Cz. 3: *Okres międzywojenny*. Kraków 2001, s. 492—493; M. Cappelletti, J.H. Merryman, J.M. Perillo: *The Italian Legal System*. Redwood City, CA, 1967, s. 50—51. Zob. też C. Calisse: *History of Italian Law*. Vol. 2. Washington 2001, s. 791—792.

³⁷ K.D. Kerameus: *Judicial System and Civil Procedure in Greece*. In: *Structures of Civil and Procedural Law in South Eastern European Countries*. Eds. T. Ansay, J. Basedov. Berlin 2008, s. 122.

³⁸ C.H. van Rhee: *English Civil Procedure until the Civil Procedure Rules (1998)*. In: *European Traditions in Civil Procedure*. Ed. C.H. van Rhee. Antwerpen—Oxford 2005, s. 146—160.

³⁹ L.L.: *Apelacja w procesie karnym za granicą*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 43, s. 599.

kał w pierwszej instancji w składzie pięciu sędziów⁴⁰. Federalne sądy przysięgłych orzekały w pierwszej instancji w najpoważniejszych sprawach: zdrady stanu, rewolty lub gwałtu w stosunku do władz federalnych, przestępstw przeciw prawu międzynarodowemu, szczególnych przestępstw urzędniczych, przestępstw politycznych, które wywołały lub przyczyniły się w jakikolwiek sposób do rozruchów, do których stłumienia wezwano wojsko federalne⁴¹. Wyższy federalny sąd karny orzekał w sprawach czynów zakazanych przez federalne prawo karne. Sąd kasacyjny trybunału federalnego, w skład którego wchodziła Izba oskarżenia i Izba karna, stanowił najwyższą instancję sądową. Rozpatrywał środki wnoszone od orzeczeń sądów niższych z powodu pogwałcenia przepisów prawa federalnego, lub jego niewłaściwego zastosowania. Środkami odwoławczymi były: zażalenie (*la plainte*) wnoszone przeciw czynnościom sędziego śledczego, prośba o unieważnienie (*le pourvoi en nullité*) z powodu pogwałcenia przepisów proceduralnych od orzeczeń sądów przysięgłych — naruszenie przepisów prawa materialnego można było podnieść jedynie względem orzeczeń Izby Karnej, oraz rewizja (*la revision*) wnoszona zarówno na korzyść skazanego, jak i przeciwko osobie uniewinnionej lub skazanej na zbyt niską karę. Sąd kasacyjny uchylał zaskarżony wyrok z wyjątkiem rewizji wniesionej w interesie skazanego chorego psychicznie lub nieżyjącego albo w interesie powoda cywilnego, kiedy wydawał wyrok w sprawie⁴².

W Portugalii, gdzie funkcjonowały jedynie sądy państwowe (koronne), od wyroków sądów pierwszej instancji służyła jedynie kasacja⁴³.

Apelację ograniczoną przewidywały procedury karne: niemiecka (1877), austriacka (1873) i norweska (1887). W pierwszej połowie XX w. zarysowuje się w tych państwach tendencja do zawężania możliwości wnoszenia apelacji, przy czym w Niemczech i Austrii ograniczenia te nie dotyczyły orzekania o karze i o powództwie cywilnym w procesie karnym⁴⁴. Austriacka procedura karna знаła apelację co do winy tylko od wyroków sądów powiatowych. Od wyroków sądów okręgowych i sądów przysięgłych dopuszczała jedynie apelację co do kary i rozstrzygnięcia o powództwie cywilnym w procesie karnym. Niemiecka procedura karna dopuszczała apelację od wyroków sądów niższych orzekających w pierwszej instancji: sądów ławniczych i sądów pokoju, z wyjątkiem przypadku, gdy wyrok sędziego pokoju dotyczył popełnionego wykroczenia, a oskarżony został uniewinniony albo skazany wyłącznie na grzywnę. Podobnie rozwiązywała tę kwestię hiszpańska procedura karna (1882) oraz

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ L.L.: *Szwajcarski kodeks postępowania karnego*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 31—32, s. 468.

⁴² Ibidem, s. 469—470.

⁴³ K. Bzowski: *Dwie czy trzy instancje w postępowaniu karnym*. „Głos Sądownictwa” 1936, nr 5, s. 348.

⁴⁴ L.L.: *Apelacja w procesie karnym...*, s. 600.

procedura karna szwajcarskiego kantonu Genewy (1884), dopuszczając apelację tylko w sprawach rozpoznawanych przez sędziego jednoosobowo i nie przewidując apelacji od wyroków sądów kolejalnych⁴⁵. Niemiecka nowela procesowa z 1924 r. rozszerzyła w istocie możliwość wniesienia apelacji, zmieniając właściwość sądu ławniczego, któremu przekazane zostały sprawy rozstrzygane dotychczas przez izby karne sądów krajowych, oraz część spraw, w których właściwe były wcześniej sądy przysięgłych. Jedynie od wyroków sądów przysięgłych i wyroków wyższego sądu krajowego, orzekającego w pierwszej instancji w wyjątkowych przypadkach, apelacja nie była dopuszczalna⁴⁶. Dalsze jednak zmiany (1932), służące usprawnieniu i przyspieszeniu postępowania, ograniczyły możliwość wnoszenia środków prawnych, dając stronie jedynie wybór pomiędzy wniesieniem apelacji i rewizji (zbliżonej zasadniczo do kasacji)⁴⁷. Również znowelizowana w latach 1929—1935 norweska procedura karna ograniczyła prawo skazanego do składania apelacji. Sądy norweskie orzekały w pierwszej instancji w składzie kolejalnym ławniczym (przewodniczący i dwóch ławników) albo w składzie trzech sędziów zawodowych. Obok sądów państwowych funkcjonowały w Norwegii także sądy przysięgłych⁴⁸.

Serbska procedura karna z 1865 r. zasadniczo znowelizowana w 1880 r., wzorująca się na regulacjach austriackich, dopuszczała apelację od wyroków sądów okręgowych w szerokim zakresie, aczkolwiek nie uznawała bezpośrednio w sądzie apelacyjnym, który rozstrzygał wyłącznie na podstawie materiału pisemnego⁴⁹.

Apelację w pełnym zakresie, z wyłączeniem jej od sądu przysięgłych, jeżeli takie funkcjonowały, przyjęto w większości państw: Francja, Belgia, Rosja, Bułgaria, Rumunia, Węgry, Włochy, Grecja, Szkocja, Turcja, Egipt, Chiny i Japonia⁵⁰.

Jedyną zatem procedurą karną obowiązującą na terenach polskich przed odzyskaniem niepodległości i której moc obowiązującą utrzymano tymczasowo po 1918 r., przewidującą formalnie apelację pełną, była ustawa rosyjska (1864). Szerokiej krytyce poddano jednak ograniczenie zasady bezpośredniości w praktyce sądów z byłego zaboru rosyjskiego, gdzie sędzia orzekający na

⁴⁵ A. Mogilnicki: *Apelacja w sprawach karnych*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1924, nr 21, s. 312.

⁴⁶ S. Glaser: *Dookoła apelacji w sprawach karnych*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 45—46, s. 624.

⁴⁷ S. Płaza: *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym...*, s. 570; *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 585; L.L.: *Apelacja w procesie karnym...*, s. 600.

⁴⁸ L.L.: *Apelacja w procesie karnym...*, s. 601.

⁴⁹ *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 585; *A History of Continental Criminal Procedure...*, s. 592.

⁵⁰ *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 585; L.L.: *Apelacja w procesie karnym...*, s. 601—602.

podstawie protokołów pierwszej instancji stawał się „*iudex peius informatus*”⁵¹. Poza tym rosyjska reforma z 1864 r., będąca krokiem milowym w ewolucji rosyjskiego wymiaru sprawiedliwości, nie stanowiła ówczas postępu w Europie. Autorzy rosyjskiej reformy (1864) zainspirowani przede wszystkim rozwiązaniami francuskimi w zakresie organizacji sądownictwa i procedur sądowych musieli uwzględnić także warunki rodzime. Zasadniczym założeniem rosyjskiej reformy było oddzielenie sądownictwa od administracji, co miało skutkować eliminacją niekorzystnego zjawiska powszechnej korupcji. Elementami zreformowanego systemu rosyjskiego sądownictwa stać się miały instytucje wywodzące się pierwotnie z systemu angielskiego, a charakterystyczne dla systemu porewolucyjnego sądownictwa francuskiego w ujęciu kontynentalnym — sądy przysięgłych i sędziowie pokoju — jak i wywodząca się z Francji instytucja kasacji. Najbardziej kontrowersyjnym elementem rosyjskiej reformy było orzekanie w poważniejszych sprawach karnych z ławą przysięgłych. Ta instytucja spotkała się w Rosji z silną opozycją środowisk intelektualnych. Głównym argumentem przeciwko wprowadzeniu sądów przysięgłych było niskie uświadomienie prawnicze społeczeństwa rosyjskiego i brak odpowiedniej moralności. Rosyjska procedura karna wprowadzona (1876 r.) na terenach byłego Królestwa Kongresowego w zmodyfikowanej formie nie przewidywała, jak wiadomo, sądów przysięgłych.

„Sąd przysięgłych to temat do zagadnienia, które jak i kara główna dzieli prawników na dwa poniekąd nieprzejdane obozy”⁵². W sporze o sądy przysięgłych podnoszono najwcześniej zarzut przeszczepiania na nieprzygotowany grunt kontynentalny instytucji obcej i niewypróbowanej (A. Feuerbach, a następnie R. von Mohl)⁵³. Zasadę niewzruszalności werdyktów sądów przysięgłych, orzekających w najpoważniejszych sprawach, postrzegano jako największą ich wadę⁵⁴. Tendencjom z początku XX w. do zacieśniania apelacji towarzyszyło zjawisko przeciwne, a mianowicie wprowadzenie apelacji od orzeczeń sądów przysięgłych. Jednocześnie jednak zauważalny był wówczas wyraźny trend do zastępowania sądów przysięgłych sądami ławniczymi.

Momentem przełomowym w zakresie zasady niewzruszalności wyroków sądu przysięgłych było uchwalenie w Anglii *The Criminal Appeal Act of 1907*⁵⁵

⁵¹ *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 581.

⁵² B. Wisznicki: *Sądy przysięgłych*. „Palestra” 1927, nr 6, s. 241.

⁵³ P. Stebelski: *Sądy przysięgłych i sądy ławnicze*. Lwów 1912, s. 7; M. Materniak-Pawłowska: *Z dziejów sądów przysięgłych na ziemiach polskich w XIX wieku*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, z. 1, s. 121.

⁵⁴ R. Heinze: *Angielska jury w porównaniu z francuzko-niemieckim sądem przysięgłych*. Tłum. J. Benzef. Warszawa 1874, s. 67—72.

⁵⁵ A.C. Forester: *Criminal Appeal under the Criminal Appeal Act of 1907 with Rules of Court and Forms*. London 1908.

wprowadzającego apelację od orzeczeń sądu przysięgłych w sprawach karnych⁵⁶ zarówno w zakresie stanu faktycznego, jak i naruszenia prawa⁵⁷. Ten Akt inaugurował powstanie karnego sądu apelacyjnego (*The Court of Criminal Appeal*), co postrzegano jako epokową zmianę w praktyce angielskiego wymiaru sprawiedliwości⁵⁸. Bezpośrednim impulsem do wprowadzenia tej zasadniczej zmiany była słynna sprawa Adolfa Becka sądzonego w Old Bailey, niesłusznie skazanego w 1896 r. za oszustwo innego człowieka (Thomasa Smitha), i ułaskawionego w 1904 r.⁵⁹. Skutkiem wprowadzonych w Anglii w 1907 r. zmian w celu wzmocnienia zaufania do wymiaru sprawiedliwości było dopuszczenie apelacji od wyroków sądów przysięgłych także na kontynencie zazwyczaj w ramach tzw. poziomej instancji apelacyjnej.

Na III Międzynarodowym Kongresie Prawa Karnego, który odbył się w 1933 r. w Palermo, debatowano między innymi, czy w sprawach karnych należy utrzymać system sądów przysięgłych, czy też zastąpić go systemem ławniczym. Podjęcie uchwały poprzedziło wygłoszenie referatów przedstawicieli Polski: Aleksandra Mogilnickiego, Stefana Glasera i Emila S. Rappaporta. A. Mogilnicki opowiedział się za sądem przysięgłych jako za jedynie specyficzną gwarancją niezawisłości sędziowskiej w karnym wymiarze sprawiedliwości. S. Glaser przedstawił negatywne aspekty funkcjonowania sądów przysięgłych, lecz w konkluzji opowiedział się za nimi. E.S. Rappaport, który był przeciwny zarówno sądom przysięgłym, jak i ławniczym, preferował system sądów państwowych wyspecjalizowanych w karnym wymiarze sprawiedliwości. W podjętej na kongresie uchwale podkreślono rozbieżności w teorii i praktyce poszukiwania najdoskonalszej postaci sądu karnego. Nie zanegowano stanowczo systemu właściwego dla państw, w których sądy przysięgłych stały się tradycją narodową (Francja, Belgia). Zdaniem większości ten system mógł być udoskonalony co do składu i funkcjonowania. Niezależnie od tego, w uchwale sformułowano ogólne wytyczne dla organizacji sądów ławniczych zgodnie z najnowszym wówczas ustawodawstwem włoskim⁶⁰.

To właśnie we Włoszech najwcześniej zrodziła się idea likwidacji sądów przysięgłych. Z funkcjonowaniem tej instytucji wiązano wzrost przestępczości — „przysięgli zauzupowali sobie prawo monarsze, bo prawo ułaskawiania”⁶¹. Włochom wtórowali przedstawiciele różnych szkół w prawie karnym z Niemiec, Belgii, a także Francji, gdzie jeden z najwybitniejszych ówczesnych filo-

⁵⁶ K. Dynowski w: *Apelacja w niebezpieczeństwie*. Warszawa 1928, s. 8.

⁵⁷ A.C. Forester: *Criminal Appeal under the Criminal Appeal Act of 1907...*, s. 5.

⁵⁸ Ibidem, s. VII.

⁵⁹ P.D. Marshal: *A comparative analysis of the right to appeal*. „Duke Journal of Comparative & International Law” 2011, No. 22, s. 8—9.

⁶⁰ E.S. Rappaport: *III Międzynarodowy Kongres Prawa Karnego w Palermo*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1933, z. 3, s. 799.

⁶¹ P. Stebelski: *Sądy przysięgłych...*, s. 9.

zofów i kryminologów — Gabriel Tarde, twierdził, że dalsze funkcjonowanie sądów przysięgłych równoznaczne jest z zastojem wymiaru sprawiedliwości⁶²: „Bo cóż powołało je do życia, czy istotna potrzeba, upatrująca w nich największą rękojmię skutecznego wymiaru sprawiedliwości? Była u nas epoka naśladowniczości, wskazywano na Anglię, urządzającą swe instytucje prawne na szerokich podstawach samorządnych, olśniewał nas liberalizm wiekowy angielski i przenieśliśmy na grunt nasz instytucję, która w swym zaczątku nosiła już zaród śmierci”⁶³. Przeciwnikiem instytucji sądu przysięgłych był Edmund Krzymuski, który uznał ją za niebezpieczną dla porządku prawnego, twierdząc jednocześnie, że o winie orzekać może i powinien tylko sędzia zawodowy⁶⁴.

Znawca przedmiotu, z punktu widzenia organizacji sądów przysięgłych u schyłku lat trzydziestych XX w., podzielił państwa Europy na cztery grupy: takie, które jak Holandia nie wprowadziły u siebie sądów przysięgłych; państwa, które nie zmieniły w niczym tych sądów od ich wprowadzenia, jak Japonia (na wzór kontynentalno-europejski); państwa, które wprowadziły zmiany w przyjętym początkowo systemie sądów przysięgłych, czyli Francja, Belgia, Hiszpania, Austria, szwajcarski kanton Genewa; w ostatniej grupie znalazły się państwa, które zupełnie zniosły system sądów przysięgłych — Niemcy, Włochy, Rosja radziecka, Jugosławia oraz szwajcarskie kantony Berna i Bazylei, gdzie z wyjątkiem Jugosławii przyjęto sądy ławnicze⁶⁵.

IV. Problemy z ujednoczeniem terminologii prawnej i tworzeniem nowego polskiego języka prawniczego nie były jednak podstawowymi, z jakimi przyszło się zmierzyć Komisji Kodyfikacyjnej. Do priorytetowych zagadnień z pewnością należała liczba instancji oraz model środków odwoławczych. Komisja Kodyfikacyjna podjęła w maju 1920 r. uchwałę, w której stwierdziła, że ustrój sądownictwa karnego należy oprzeć na zasadzie dwu instancji z jednym dla całego państwa polskiego Sądem Najwyższym o charakterze kasacyjnym. Tym samym pierwszą instancją dla spraw „mniejszej wagi” przewidziano sądy powiatowe oraz miejskie, które miały orzekać jednoosobowo, a odwołanie od ich wyroków przysługiwało do sądów okręgowych. W sprawach poważniejszych pierwszą instancją miały stanowić sądy okręgowe orzekające w składzie trzech sędziów. Komisja Kodyfikacyjna postanowiła w rzeczonyj uchwale, że drugą instancją dla tych sądów (w sprawach bez udziału przysięgłych) będą sądy apelacyjne⁶⁶.

⁶² M. Materniak-Pawłowska: *Z dziejów sądów przysięgłych...*, s. 123; P. Stebelski: *Sądy przysięgłych...*, s. 9.

⁶³ Cyt. za: P. Stebelski: *Sądy przysięgłych...*, s. 9.

⁶⁴ Ibidem, s. 10.

⁶⁵ W. Nestorowicz: *Sądy przysięgłych w Anglii i na kontynencie Europy*. „Głos Sądownictwa” 1937, nr 9, s. 722.

⁶⁶ *Sprawozdanie z działalności Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej za czas 3 czerwca 1919 do 31 maja 1920*. W: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Dział ogólny*. T. 1, z. 2..., s. 84.

Niespełna cztery lata później członkowie sekcji postępowania karnego, zapoznając się z projektem przygotowanym przez głównego referenta A. Mogilnickiego, postanowili odstąpić od zajmowanego wcześniej stanowiska i pójść jeszcze dalej, skreślając z projektu przepis dopuszczający apelację od wyroków sądów okręgowych orzekających bez udziału przysięgłych⁶⁷. Prawdopodobnie osobą, która przyczyniła się do tego, był członek sekcji Walenty Miklaszewski, autor uwag do pierwszego projektu kodeksu⁶⁸. Swoje stanowisko ogłosił nieco wcześniej, bo pod koniec 1923 r. na łamach „Gazety Sądowej Warszawskiej” w tekście zatytułowanym *Czy można nadal utrzymać apelację w sprawach karnych*⁶⁹. Wydaje się, że opublikowanie tego artykułu można chyba uznać za symboliczny początek długiej i zawziętej dyskusji na temat obecności apelacji w przyszłym kodeksie postępowania karnego.

W. Miklaszewski był zagorzałym przeciwnikiem utrzymania apelacji i na poparcie swego stanowiska przedstawił szereg argumentów, które z czasem weszły na stałe do arsenału zwolenników likwidacji tego środka odwoławczego. Twierdził on, że fundamentalna zmiana procesu karnego, polegająca na odejściu od zasady pisemności oraz legalnej teorii dowodowej i wprowadzeniu w ich miejsce zasady bezpośredniości oraz swobodnej oceny dowodów, podważyła sens apelacji. Do momentu wprowadzenia tej zmiany sędziowie orzekali wyłącznie na podstawie protokołów znajdujących się w aktach sprawy zgodnie z zasadą *quod non in actis non est in mundo*. Te same protokoły były również przedmiotem analizy sądu drugiej instancji⁷⁰.

Nowe reguły procesowe mówiące o orzekaniu zgodnie z wewnętrznym przekonaniem nabytym po bezpośrednim zbadaniu dowodów i okoliczności powodowały, zdaniem W. Miklaszewskiego, że środek odwoławczy zamieniał się w *appelatio a iudice bene informato, ad iudicem peius informatum*. Trudno było bowiem zbadać w drugiej instancji owo wewnętrzne przekonanie. Poza tym apelacja przyczyniała się do przewlekłości postępowania, generowała o wiele wyższe koszty procesu, a także zmniejszała ciężącą na sędzię odpowiedzialność, był on bowiem przekonany, że jego błędy czy niedopatrzienia zostaną poprawione przez sąd wyższej instancji⁷¹.

⁶⁷ Projekt ustawy postępowania karnego przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 28 kwietnia 1926, z uzasadnieniem. W: Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja postępowania karnego. T. 1, z. 1. Warszawa—Lwów 1926—1927, s. 8, 71; Projekt ustawy postępowania karnego..., s. 580.

⁶⁸ S. Grodziski: Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1981, T. 33, z. 1, s. 67—69, 77; K. Pol: *Poczet prawników polskich*. Warszawa 2000, s. 335.

⁶⁹ W. Miklaszewski: *Czy można nadal utrzymać apelację w sprawach karnych*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1923, nr 40, s. 358—360.

⁷⁰ Ibidem, s. 359.

⁷¹ Ibidem, s. 359—360.

W. Miklaszewski zastrzegł, że jego zdaniem utrzymanie apelacji, ale tylko na okres przejściowy, byłoby możliwe jedynie pod pewnymi warunkami, które — trzeba to wyraźnie podkreślić — miały w rzeczywistości utrudnić i zniechęcić stronę do jej składania. Między innymi należało wprowadzić bardzo krótkie terminy o charakterze prekluzyjnym (24 godziny na oświadczenie o chęci wniesienia apelacji oraz 7 dni na jej dostarczenie sądowi), których niedotrzymanie miało powodować uprawomocnienie się wyroku. Należało też ustanowić wysokie wpisy, które miały przepadać w razie oddalenia apelacji. W przypadku, gdyby sąd drugiej instancji utrzymał wyrok w mocy oznaczało to dla skazanego obowiązek pokrycia kosztów postępowania oraz jego utrzymania w areszcie śledczym. Ciekawie brzmiał również postulat, by sąd zawiadamiał radę adwokacką o pełnomocniku, który podpisał bezzasadną skargę⁷².

W. Miklaszewski przyznawał, że obostrzenie warunków miało doprowadzić do znacznego zahamowania wnoszenia apelacji, ponieważ, jego zdaniem, nadużywano tej możliwości. Nie przedstawił jednak żadnych danych statystycznych, które potwierdzałyby postawioną przez niego tezę. Dla należytego wykonywania wymiaru sprawiedliwości wystarczała kasacja, dzięki której można było wychwycić błędy formalne, a w razie wyjścia na jaw nowych okoliczności i dowodów można było wznowić postępowanie.

Zmiana stanowiska sekcji postępowania karnego nie spotkała się z uznaniem wszystkich członków. Szczególnie głośno zaprotestowało dwóch z nich, a mianowicie A. Mogilnicki i Henryk Ettinger, a wsparł ich Franciszek Nowodworski, prezes Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej, wiceprezes sekcji postępowania karnego⁷³. A. Mogilnicki, będąc głównym referentem sekcji, przedstawił w uzasadnieniu do projektu poglądy zarówno przeciwników, jak i zwolenników pozostawienia apelacji od wyroków sądów okręgowych⁷⁴.

Jeden z najczęściej stawianych zarzutów pod adresem postępowania w instancji apelacyjnej związany był z faktem rozstrzygania sprawy przez sędziego na podstawie protokołów, których rzetelność często pozostawiała wiele do życzenia. Ponadto sędzia nie miał kontaktu z podsądnym i wyrokował na podstawie materiału papierowego, który „nigdy z całą ścisłością nie odbija zeznań świadka i wyjaśnień oskarżonego”⁷⁵. Było to, zdaniem przeciwników apelacji, jawnym naruszeniem zasady bezpośredniości. Sytuacji nie ratował nawet przepis zezwalający na wezwanie świadków czy biegłych, ponieważ sądy bardzo rzadko korzystały z tego uprawnienia. Potwierdzać to miało orzecznictwo Sądu Najwyższego, który bardzo często uchylał wyroki z tego powodu. Zresztą

⁷² Ibidem, s. 360.

⁷³ S. Grodziski: *Komisja Kodyfikacyjna...*, s. 75, 78; K. Pol: *Poczet...*, s. 527, 909—911.

⁷⁴ *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 580—612; zob. też A. Mogilnicki: *Apelacja w sprawach...*, s. 307—312.

⁷⁵ *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 581.

nawet wezwanie świadka przed oblicze sądu drugiej instancji nie wniosłoby za wiele z uwagi na wpływ czasu, który musiał przyczynić się do zatarcia wielu szczegółów w pamięci przesłuchiwanego⁷⁶.

Efektywność represji karnej zależała również od czasu, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa do momentu prawomocnego skazania, a postępowanie apelacyjne z pewnością go wydłużało, co podważało wiarę społeczeństwa w prawidłowy wymiar sprawiedliwości.

Zarzut naruszenia zasady bezpośredniości, który podnosili przeciwnicy apelacji, nie przekonywał ich oponentów. Dowodzili oni, że sąd apelacyjny mógł orzekać na podstawie protokołów i opierać się na dowodach pisemnych, jeśli nie budziły jego wątpliwości. W razie pojawienia się takowych powinien bezpośrednio zapoznać się między innymi z zeznaniami świadków. Zadaniem projektodawcy było takie zredagowanie stosownych przepisów, by jak najbardziej ograniczyć możliwość odmowy wezwania świadków przez sąd apelacyjny⁷⁷.

Zwolennicy apelacji domagali się jej wprowadzenia również w przypadku wyroków, które miały wydawać mające powstać w przyszłości sądy przysięgłych. Jednym słowem szli dalej niż przewidywał projekt w swym pierwotnym kształcie. Wychodzili bowiem z założenia, że błędu poczynionego przez ten sąd „co do istoty sprawy, prawie niepodobna naprawić”. Ich zdaniem projekt zawierał również pewną niekonsekwencję, która wynikała z faktu, iż apelacja przewidziana była od wyroków sądów jednoosobowych rozpatrujących lżejsze przestępstwa, a nie przysługiwała w przypadku ciężkich przestępstw sądzonych przez sądy okręgowe⁷⁸. W trakcie postępowania kasacyjnego Sąd Najwyższy nie mógł skutecznie zakwestionować, chociażby źle poczynionych ustaleń faktycznych czy wiarygodności świadków. Sąd apelacyjny mógł z kolei naprawić nie tylko dostrzeżone pomyłki, ale także błędy formalne, co następowało o wiele szybciej i nie musiało, jak w przypadku kasacji, wiązać się z uchYLENIEM wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpatrzenia.

Uzasadnienie projektu stało się podstawą referatu, który wygłosił A. Mogilnicki w trakcie trwającego w czerwcu 1924 r. w Wilnie Zjazdu Prawników. Do argumentów zwolenników pozostawienia apelacji dodał kilka własnych przemyśleń. W referacie odniósł się między innymi do zarzutu przeciwników apelacji, którzy podnosili, iż sądy nie zawsze funkcjonowały należycie. Z tego powodu tym bardziej zachodziła konieczność utworzenia sądów apelacyjnych stanowiących instancję kontrolującą. A. Mogilnicki przekonywał, że „przy złych sądach żadna ustawa nie będzie dobrze działała” i dlatego trze-

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem, s. 584—585

⁷⁸ W podobny sposób argumentowali przeciwnicy apelacji. „Skoro jedna instancja wystarcza w sprawach o najcięższe zbrodnie, dlaczego nie ma wystarczyć w sprawach o mniej ciężkie przestępstwa”. *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 582—583.

ba stworzyć takie przepisy procesowe, które szybko i łatwo pozwolą naprawić pomyłki⁷⁹. Warto również zwrócić uwagę na apel, który zawarł na końcu wystąpienia. Podkreślił w nim, że wprowadzanie apelacji od orzeczeń sądów kolegialnych było trendem światowym, tym samym Polska budująca dopiero własne sądownictwo powinna była przyłączyć się do tych państw, a nie trzymać się kurczowo rozwiązań, od których odchodzono⁸⁰.

Zbliżone poglądy prezentował H. Ettinger — drugi ze wspomnianych oponentów przyjętego rozwiązania. Sugerował on, że polskie uregulowania powinny podążać w tym samym kierunku co regulacje francuskie, a nie „tak obce nam pomysły ducha germańskiego”⁸¹. Zresztą nawet w Niemczech od lat trwała w gronie uczonych oraz polityków dyskusja nad rozszerzeniem apelacji i argumenty przeciwników głoszących potrzebę zmniejszenia kosztów procesu, odciążenia sądów, uproszczenia postępowania nie znajdowały nowych sojuszników⁸². Przykładem, który jeszcze lepiej miał oddziaływać na przeciwników apelacji, był angielski proces karny, w którym od roku 1907 dopuszczono ją nawet od orzeczeń sądów przysięgłych.

H. Ettinger przekonywał w swoich wywodach, że problem apelacji wiązał się również z zagadnieniem niezawisłości sędziowskiej. Zwrócił uwagę na fakt, że sędziowie pierwszej instancji, którzy znajdowali się dopiero u progu kariery, mogli nie być wystarczająco odporni na wpływy władzy wykonawczej czy też na naciski społeczeństwa, które mogły odbić się na sposobie wyrokowania. Projekt zawierał wprawdzie gwarancje niezawisłości, ale H. Ettinger ostrzegł, że postrzeganie sędziego niczym powolnego państwu urzędnika było, jego zdaniem, „ponurym wytworem austriacko-germańskiego biurokratyzmu”, który wciąż pokutował w niektórych sferach polskiego społeczeństwa. Dlatego to właśnie sędziowie apelacyjni dawali większe gwarancje przeciwstawienia się takiemu traktowaniu⁸³.

Apelacji nie należało uzależniać także od tego, jaki skład sądzący orzekał w danej sprawie. Ettinger przekonywał, że wyrok wydany przez sąd kolegialny nie różni się niczym od tego, który ogłosił sąd jednoosobowy, ponieważ głos jednego energicznego sędziego mógł przeważać nad pozostałymi. Kolegiarność zmniejszała możliwość błędu, ale nie chroniła jednak w stu procentach przed jego popełnieniem. Możliwość odwołania się od wyroku pierwszej instancji była zatem niezbędna z racji częstej ich wadliwości. Taki wniosek miał płynąć

⁷⁹ A. Mogilnicki: *Apelacja w sprawach...*, s. 312.

⁸⁰ *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 585; zob. A. Mogilnicki: *Apelacja w sprawach...*, s. 312.

⁸¹ H. Ettinger: *W obronie apelacji w sprawach karnych*. „Palestra” 1924, nr 4, s. 195, 199; M. Kober: *Postulaty metod przyspieszenia postępowania karnego w II Rzeczypospolitej*. W: *Przez tysiąclecia...*, s. 186.

⁸² H. Ettinger: *W obronie...*, s. 196.

⁸³ *Ibidem*, s. 198.

z analizy orzecznictwa sądów apelacyjnych w byłym zaborze rosyjskim oraz orzeczeń Sądu Najwyższego⁸⁴.

Ponadto, zważywszy na wielkość okręgów apelacyjnych działalność tych sądów, miała również pozytywny wpływ na ujednolicanie represji karnej i niwelowanie znacznych różnic w wymiarze kary⁸⁵.

Jednym z najgorliwszych obrońców apelacji spoza Komisji Kodyfikacyjnej był znany przedwojenny adwokat Marian Niedzielski⁸⁶. Swój sprzeciw ogłosił drukiem w postaci dwóch artykułów. Na łamach „Palestry” opublikował w 1927 r. *Apelację w niebezpieczeństwie*, a nieco później rozszerzoną wersję tego wystąpienia ogłosił obok artykułu sędziego Sądu Najwyższego Janusza Jamontta w broszurze pod tym samym tytułem. Publikacja ta stanowiła zapis dyskusji, jaką zorganizował Polski Związek Prawników Kresowców⁸⁷.

Warto w tym miejscu przyrzeć się bliżej teom postawionym przez obu autorów. M. Niedzielski swoje rozważania zaczął od stwierdzenia, że likwidacji powinny podlegać te instytucje, które nie wytrzymały próby czasu, dowiodły swojej jałowości, a tego z pewnością nie można było powiedzieć o sądach apelacyjnych. Wyroki i uzasadnienia tych sądów składały się, jego zdaniem, na poważny dorobek myśli sędziowskiej. Podważenie tego dorobku, a także samego istnienia sądów apelacyjnych wymagało analizy statystycznej ich działalności, a takiej do tej pory nie przeprowadzono. M. Niedzielski wytknął Komisji Kodyfikacyjnej, że planowane zniesienie apelacji od wyroków sądów okręgowych nie zostało poprzedzone badaniami statystycznymi i opierano się w tej materii jedynie na spekulacjach teoretycznych⁸⁸.

Trudu zdobycia danych statystycznych podjął się prokurator Sądu Najwyższego Jan Gumiński, który sporządził szczegółowe zestawienie na przykładzie VIII Wydziału Karnego Sądu Okręgowego w Warszawie. Z jego obliczeń wynikało, że Sąd Apelacyjny do 1 września 1927 r. rozpoznał 298 spraw, z których zatwierdził 254. Tym samym uchylił tylko 15% wyroków. Ponadto ciążyły na nim sprawy zaległe za lata 1925—1926 w liczbie 359. Niski odsetek apelacji i spore zaległości były wystarczającym argumentem przeciwko drugiej instancji merytorycznej⁸⁹.

⁸⁴ H. Ettinger: *Uwagi nad projektem ustawy postępowania karnego*. „Palestra” 1925, nr 3, s. 668; podobne uwagi zgłaszał prokurator Karol Kowalski w artykule *Uwagi o projekcie ustawy postępowanie karne*. „Przegląd Prawa i Administracji” 1925, R. 50, s. 112.

⁸⁵ H. Ettinger: *W obronie...*, s. 198.

⁸⁶ Z. Węgliński: *Adwokat Marian Niedzielski*. „Palestra” 1977, nr 1, s. 110—112.

⁸⁷ M. Niedzielski: *Apelacja w niebezpieczeństwie*. „Palestra” 1927, nr 12, s. 520—525; *Apelacja w niebezpieczeństwie (na tle projektu procedury karnej)*. Warszawa 1928.

⁸⁸ M. Niedzielski: *Apelacja...*, s. 521.

⁸⁹ Szczegółowe obliczenia zob. J. Gumiński: *Środki odwoławcze według projektu u. p. k.* „Gazeta Sądowa Warszawska” 1927, nr 40, s. 551; M. Kober: *O środkach...*, s. 187—188.

Z kolei M. Niedzielski dysponował danymi jednego z wydziałów karnych Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który w ciągu roku rozpatrzył 1628 spraw apelacyjnych i w 1011 spraw zmienił wyroki, jakie zapadły w pierwszej instancji. Podał również, co miało świadczyć o poziomie, jak i stabilności orzecznictwa tego sądu, że w latach 1925—1927 w ogólnej liczbie osądzonych przez Sąd Najwyższy spraw uchylone wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie stanowiły zaledwie 1,5%⁹⁰.

Wyliczenia dotyczyły zaledwie jednego okręgu apelacyjnego, ale M. Niedzielski sugerował, że mogą one dać pewnego rodzaju wyobrażenie o poziomie sędziów pierwszej instancji. Jednakże odrodzona Rzeczypospolita nie miała możliwości, by w krótkim czasie zaradzić złej sytuacji kadrowej i zwłaszcza na rubieżach kraju zapewnić wysoki poziom kadry sędziowskiej. Problemem nie był tylko poziom wykształcenia, ale także niedostateczna liczba sędziów. Zważywszy na dramatycznie niskie uposażenie sędziów spora ich część odchodziła z zawodu. Ta smutna konstatacja pojawiła się zresztą w trakcie dyskusji członków sekcji postępowania karnego nad właściwością rzeczą sądów grodzkich. Zwracał na to uwagę także M. Niedzielski i był to, jego zdaniem, kolejny argument za utrzymaniem apelacji, zważywszy, że Sąd Najwyższy zgodnie z projektem miał być instancją wyłącznie kasacyjną i tym samym nie mógł badać meritum sprawy⁹¹. Na marginesie warto może dodać, że zdaniem M. Niedzielskiego gwarancje prawidłowego wymiaru sprawiedliwości miał utrudniać ponadto przepis art. 517 § 1—3 projektu, który bardzo rygorystycznie regulował możliwości wniesienia kasacji. Autorzy przewidywali, że złożenie kasacji „oczywiście lekkomyślnie lub jedynie w celu działania na zwłokę” zagrożone było grzywną od 50 do 1000 złotych z zamianą, w razie niemożności ściągnięcia, na areszt do jednego miesiąca. Ponadto sąd zawiadamiał władze dyscyplinarne obrońcy lub pełnomocnika, który podpisał kasację. Przypomina to pomysł W. Miklaszewskiego odnośnie bezzasadnej apelacji. Należy dodać, że owe restrykcje nie dotyczyły oskarżyciela publicznego⁹².

Warszawski adwokat zakończył swoje rozważania pewnego rodzaju przestrogą. Odrodzenie Rzeczypospolitej i zerwanie więzów prawnych

⁹⁰ Rozpatrzonych spraw 1628, w 710 zmieniono wymiar kary, 229 uniewinniono skazanych w pierwszej instancji, 72 uniewinnionych w pierwszej instancji skazano zob. M. Niedzielski: *Apelacja...*, s. 522.

⁹¹ *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja postępowania...* T. 1, z. 1, s. 120; zob. też referat M. Niedzielskiego: *Apelacja...*, s. 21.

⁹² Członkowie sekcji uzasadniali obecność takiego przepisu przeciążeniem sprawami Sądu Najwyższego, ale chyba sami nie byli do końca o tym przekonani, skoro w dalszej części uzasadnienia stwierdzili, że ich obawa jest raczej przesadzona. Ostatecznie przepis w tej postaci nie znalazł się w kodeksie. *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja postępowania...* T. 1, z. 1, s. 76; *Projekt ustawy postępowania karnego...*, s. 626; por. M. Kober: *O środkach...*, s. 192.

z państwami zaborczymi oraz możliwość stanowienia własnego prawa nie powinny skłaniać do bezmyślnego rzucania się w wir eksperymentów ustawodawczych, które — jak gorzko konstatawał — stworzyły wiele „ustaw niezdolnych do życia”⁹³.

W podobnym tonie rozpoczął swoje wywody drugi z referentów, wspomniany już sędzia Sądu Najwyższego J. Jamontt. Przypomniał on reakcję delegata na międzynarodową konferencję karną, który, dowiedziawszy się o planowanej likwidacji apelacji, stwierdził, że poziom sądów okręgowych w Polsce musiał być niezwykle wysoki, skoro projektodawca zdecydował się na taki krok⁹⁴.

Jak pamiętamy, podstawowym argumentem przeciwników apelacji było to, iż naruszała ona, ich zdaniem, zasady bezpośredniości i ustności. Sędzia J. Jamontt wskazywał, że problem leżał w innym miejscu i sprowadzał się do pytania, jak zabezpieczyć społeczeństwo przed samowolą sądów, nie ograniczając jednocześnie sędziowskiego orzekania na podstawie wewnętrznego przekonania i swobodnej oceny. Tym zabezpieczeniem miała być instancja wyższa, czyli sąd apelacyjny, która sprawowałyby kontrolę merytoryczną. Takiej funkcji nie mógł przecież spełnić Sąd Najwyższy pozbawiony możliwości oceny ustaleń faktycznych, materiału dowodowego oraz kwestionowania wymiaru kary. J. Jamontt obawiał się, że przy tak daleko zakładanej swobodzie orzekania sąd kasacyjny przekształci się z czasem w rewizyjny, czyli jego zdaniem w „apelację gorszego gatunku, bo bez prawa sprawdzania dowodów”⁹⁵.

„Polityka kar” to zwrot, który znajdziemy w wypowiedziach zwolenników utrzymania apelacji. Pojawił się on w związku ze zmianą postrzegania istoty kary, jak i prawa karania. Swoboda w wyborze, jak i w wymiarze sankcji, będąca pokłosiem przyjęcia teorii kary celowej, niosła za sobą ryzyko rażącej dysproporcji w orzekaniu za takie same przestępstwa. Dlatego sąd apelacyjny miał czuwać nad w miarę spójną polityką karną⁹⁶.

J. Jamontt w swoich rozważaniach nawiązał również do zarzutu, iż apelacja generować miała dodatkowe koszty. Nie miał tu na myśli wydatków związanych bezpośrednio z procedurą, ale ze zwiększeniem obsady sądów apelacyjnych w Małopolsce i byłym zaborze pruskim. Skarb Państwa miałby trudność z udźwignięciem tego wydatku, co powodowałyby prawdopodobnie zwiększenie liczby spraw rozstrzyganych przez sędziów jednostkowych w sądach okręgowych. Projektodawca wyszedł za założenia, że lepiej było utrzymać składy kolegialne kosztem apelacji. J. Jamontt nie był do końca przekonany co do słuszności tezy o lepszym poziomie wyrokowania kilkusobowych składów i przytoczył opinię prezesów sądów, którzy stwierdzili na swoim

⁹³ M. Niedzielski: *Apelacja...*, s. 524.

⁹⁴ Referat J. Jamontta: *Apelacja...*, s. 31.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 33—34.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 35.

zjeździe, że sędziowie orzekający jednostkowo czynili to równie dobrze, jak składy kolegialne⁹⁷.

W ciekawy sposób odniósł się do problemu oszczędności znany warszawski adwokat Kazimierz Sterling. Pisał on bardzo przytomnie, iż kodeks tworzy się na lata i dlatego należy patrzeć w przyszłość oraz zakładać, że Polska będzie się rozwijać i stworzy z czasem silne podstawy materialne dla swojej państwowości. Likwidacja apelacji byłaby jedynie pozorną oszczędnością, ponieważ rosłaby tym samym liczba wnoszonych kasacji, a co za tym idzie należałoby regularnie zwiększać skład Sądu Najwyższego⁹⁸.

Przeciwnicy apelacji łączyli oszczędność nie tylko ze spłaszczeniem struktury sądownictwa, ale również z samą procedurą. Podnosili, że utrzymanie drugiej instancji merytorycznej generowało większe koszty procesu, dlatego — jak sędzia Sądu Najwyższego Bronisław Wisznicki — przekonywali, by rozszerzyć właściwość rzeczową sądów przysięgłych. Zwiększenie ich kompetencji miało przyczynić się do oszczędności czasu i pracy, ponieważ zbędnym stałoby się pisanie uzasadnień wyroków. Świadomość, że nie ma drugiej instancji merytorycznej wymusiłaby na sędziach skrupulatniejsze prowadzenie postępowania, drobiazgowo sprawdzenie dowodów. Poza tym wyrok zapadałby szybciej i kara w nim wymierzona oddziaływałaby skuteczniej na społeczeństwo⁹⁹.

Cytowany nieco wcześniej K. Sterling nie w apelacji doszukiwał się przyczyn wydłużania postępowania, ale między innymi w licznie wydawanych aktach prawnych, które zaburzały ustalony porządek rozpatrywania spraw, w niezbyt energicznie prowadzonych dochodzeniach i śledztwach czy w braku dyscyplinowania świadków niestawiających się w sądzie¹⁰⁰.

V. Kilkuletnia batalia w obronie apelacji przyniosła skutek. W przyjętym i ogłoszonym w 1928 r. kodeksie postępowania karnego przepis art. 457 przewidywał apelację od wyroków sądów grodzkich oraz od wyroków sądów okręgowych wydanych w pierwszej instancji. Zgodnie z treścią art. 458 była to apelacja pełna zarówno co do winy, jak i kary¹⁰¹.

Jednym z najczęściej powtarzanych przez prawników truizmów, bez względu na epokę, jest postulat stabilności prawa, które ma dać obywatelowi poczucie bezpieczeństwa prawnego. A. Mogilnicki przekonywał, iż każda zmiana wykraczająca poza kosmetyczne poprawki burzy tę pewność i zarówno społe-

⁹⁷ Referat J. Jamontta: *Apelacja...*, s. 36.

⁹⁸ K. Sterling: *W palącej sprawie*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1928, nr 2, s. 21; H. Ettinger: *Uwagi...*, s. 667.

⁹⁹ B. Wisznicki: *Sądy...*, s. 247—248.

¹⁰⁰ K. Sterling: *W palącej...*, s. 22.

¹⁰¹ Art. 457: „Strony mogą zakładać apelację od wyroków sądów grodzkich oraz od wyroków sądów okręgowych wydanych w pierwszej instancji, o ile ustawa inaczej nie stanowi. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 19 marca 1928 r.”. *Kodeks postępowania karnego* (Dz.U. RP 1928, nr 33, poz. 313).

czeństwo, jak i organy państwa powinny wpiąć się z aktem prawnym, zrozumieć jego istotę, nauczyć się go stosować i dopiero wtedy, gdy pozna się jego słabe strony, przystępować do reformy¹⁰².

Kodeks nie przeszedł takiej próby, gdyż już w 1932 r. został poważnie znowelizowany¹⁰³. Zmiany, jakie zostały wtedy wprowadzone, wynikały po części z sytuacji polityczno-gospodarczej kraju¹⁰⁴. W październiku 1929 r. wybuchła światowy kryzys gospodarczy. Dla młodego państwa, jakim była Polska, był on szczególnie dotkliwy. W tym czasie pojawiły się głosy domagające się wprowadzenia przez państwo radykalnych oszczędności, które nie ominęłyby również wymiaru sprawiedliwości. Autorem jednej z takich wypowiedzi był sędzia Stanisław Zaleski, który opublikował na łamach „Głosu Sądownictwa” dwa bardzo kontrowersyjne w swej treści artykuły¹⁰⁵.

Warto poświęcić nieco miejsca tym publikacjom, gdyż tezy w nich zawarte stanowiły zapowiedź zmian, jakie wprowadzono do kodeksu w sierpniu 1932 r. Pierwszym postulatem S. Zaleskiego było znaczne zredukowanie stanu sędziowskiego oraz aparatu urzędniczego w sądach¹⁰⁶. Za tym powinno być pójść zredukowanie instancji oraz ograniczenie możliwości korzystania z apelacji oraz kasacji. S. Zaleski nie był zwolennikiem apelacji, ale godził się na jej utrzymanie tylko ze względu na problem z zapewnieniem wystarczającej liczby najlepszych sędziów w sądach pierwszej instancji. Dlatego w sprawach drobnej wagi, jak obelgi słowne czy wykroczenia przeciw zarządzeniom policyjnym, postępowanie należało zakończyć w sądzie pierwszej instancji. Ponadto konieczne było zwiększenie liczby spraw, w których orzekałoby pojedynczy sędziowie. Nie miało to spowodować pogorszenia jakości wyrokowania, w zawodzie pozostałoby bowiem tylko najlepsi. Składy jednoosobowe miałyby sędzić zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji, co byłoby jedynie sformalizowaniem powszechnej praktyki, gdyż sędzia S. Zaleski twierdził, że tylko referent znał rozpatrywaną sprawę¹⁰⁷.

¹⁰² A. Mogilnicki: *Postulaty reformy procesu karnego, Referat na III Zjazd Prawników Polskich w Katowicach*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 35—36, s. 490.

¹⁰³ Ustawa z dnia 21 stycznia 1932 r. zmieniająca niektóre przepisy postępowania karnego (Dz.U. RP nr 10, poz. 60); Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 23 sierpnia 1932 r. zmieniające niektóre przepisy postępowania karnego (Dz.U. RP nr 73, poz. 662).

¹⁰⁴ J. Koredczuk: *Wpływ nurtu...*, s. 192.

¹⁰⁵ S. Zaleski: *Dwa kryzysy. Kryzys prawa i sądownictwa oraz kryzys gospodarczy*. „Głos Sądownictwa” 1931, nr 11, s. 593—602; Idem: *Dwa kryzysy. Reforma sądownictwa karnego*. „Głos Sądownictwa” 1932, nr 1; artykuły wywołały sporo fermentu zob. H. Zahorski: „*Kryzys prawa i sądownictwa*”. „Głos Sądownictwa” 1932, nr 1, s. 3—5; J. Hrobni: *Z rozważań nad „Dwoma kryzysami”*. „Głos Sądownictwa” 1932, nr 4, s. 194—198.

¹⁰⁶ S. Zaleski: *Dwa kryzysy...*, s. 8; o takiej redukcji informował minister sprawiedliwości Czesław Michałowski w trakcie debaty nad budżetem ministerstwa. Z. Zaleski: *W Sejmie i Senacie. O wymiarze sprawiedliwości*. „Głos Sądownictwa” 1932, nr 4, s. 226.

¹⁰⁷ S. Zaleski: *Dwa kryzysy...*, s. 9—10, 15—17.

Wspomniana wcześniej nowelizacja z sierpnia 1932 r. rozszerzyła znacząco możliwość orzekania jednoosobowego nie tylko w postępowaniu w pierwszej instancji, ale również w instancji odwoławczej¹⁰⁸.

Problem obecności i sposobu uregulowania apelacji w kodeksie tylko na pewien czas zszedł na dalszy plan. Dyskusja odżyła z całą mocą kilka lat później. Okazją ku temu był III Zjazd Prawników Polskich, który odbył się w listopadzie 1936 r. w Katowicach. Swoje stanowiska uczeni oraz praktycy prezentowali na łamach prasy prawniczej już od początku roku zjazdowego.

Wypowiedź, która wywołała szczególnie rezonans w środowisku, była pokłosiem dyskusji dotyczącej reformy procesu karnego, jaka odbyła się w lutym i marcu 1936 r. w Towarzystwie Prawniczym w Warszawie. Jej autorem był sędzia Sądu Najwyższego Kazimierz Bzowski¹⁰⁹, który w artykułach opublikowanych w „Głosie Sądownictwa” oraz „Gazecie Sądowej Warszawskiej” zaproponował radykalne zmiany w obowiązującej wówczas procedurze¹¹⁰.

K. Bzowski był zwolennikiem rozwiązań niemieckich i austriackich w postępowaniu karnym. Domagał się zniesienia apelacji i wprowadzenia w jej miejsce § 362 ustawy z 1873 r.¹¹¹. Twierdził, że przepis ten, obowiązując prze-

¹⁰⁸ Zob. art. 20, 381—386, 491 podaję numeracje za tekstem jednolitym, Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 września 1932 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Kodeksu postępowania karnego (Dz.U. RP nr 83, poz. 725).

¹⁰⁹ Kazimierz Bzowski był Zastępcą Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego w latach 1947—1953. O jego działalności w Sądzie Najwyższym w Polsce Ludowej zob. A. Bereza: *Sąd Najwyższy w latach 1945—1962. Organizacja i działalność*. Warszawa 2012, s. 48 i nast.

¹¹⁰ K. Bzowski: *Dwie czy trzy...*, s. 348—353; Idem: *Jeszcze o liczbie instancji w postępowaniu karnym*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 42, s. 580—582.

¹¹¹ „Trybunał kasacyjny ma prawo, po wysłuchaniu prokuratora jeneralnego, w drodze nadzwyczajnej i nie będąc związanym warunkami w § 353 określonymi, zarządzić wznowienie postępowania karnego na korzyść oskarżonego za zbrodnie lub występki, jeżeli:

- 1) podczas wstępnej narady nad zażaleniem nieważności, albo po rozprawie jawnej co do tegoż albo
- 2) podczas narady nad sprawozdaniem według § 341 złożonym albo nakoniec
- 3) roztrząsając akta na szczególnie wniosek prokuratora jeneralnego,

ważne ma powody powątpiewać, azali okoliczności faktyczne będące podstawą wyroku są prawdziwe, a wątpliwości tych nie uchyliły nawet szczególne dochodzenia, jakieby trybunał zarządził.

W takich przypadkach trybunał kasacyjny może także natychmiast nowy wydać wyrok i mocą tegoż uwolnić obwinionego od zarzutu lub łagodniejszy wymiar kary do niego zastosować (§ 360 ustęp 3); atoli potrzebna jest do tego jednomyślność i zgodzenie się prokuratora jeneralnego.

Wnioski stron prywatnych zmierzające do tego, aby trybunał kasacyjny wydał jedną z powyżej wymienionych uchwał, mają sady, do którychby je wniesiono, odrzucić; nie można ich również nigdy roztrząsać na rozprawie ustnej.

Do wznowienia postępowania karnego zarządzonego przez trybunał kasacyjny stosują się przepisy § § 358 i 359.

Rozstrzygnięcie pytania, czy wykonanie kary należy wstrzymać i czy dalsze postępowanie należy odesłać do innego okręgu, należy wyłącznie do trybunału kasacyjnego”. *Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23 maja 1873 r. razem z odnoszącymi się do niej ustawami i roz-*

szło 50 lat w Austrii oraz 10 lat w Polsce, zdał egzamin¹¹². Postulat zniesienia omawianego środka odwoławczego nie wynikał z chęci odciążenia i ułatwienia pracy sędziów czy też ograniczenia praw oskarżonego, ale z potrzeby dopasowania procedury do obowiązujących tendencji w prawie karnym materialnym. Kiedy wiodąca była szkoła klasyczna, kara miała być odwetem proporcjonalnym do przestępstwa i sędzia badał jedynie, czy oskarżony dopuścił się zarzucanego mu czynu oraz jaki przepis należy zastosować. Sytuacja zmieniła się, gdy na pierwszy plan wysunęła się szkoła socjologiczna, która uznała, że dla prawidłowego wymierzenia sprawiedliwości sędzia miał poznać osobowość sprawcy, by móc orzec sankcją celową. Zbudowanie kodeksu karnego z 1932 r. na tych założeniach wymuszało, zdaniem sędziego K. Bzowskiego, dostosowanie polskiego procesu do tych koncepcji. Należało zatem dopracować reguły postępowania przygotowawczego oraz jak najlepiej zorganizować sądownictwo kolegialne pierwszej instancji, ponieważ tylko ono z uwagi na bezpośredni kontakt z oskarżonym było w stanie zrealizować postulat indywidualizacji kary¹¹³.

W wypowiedziach zwolenników apelacji podkreślano między innymi znaczenie gwarancji procesowych, traktowanie oskarżonego jak podmiotu prawa. K. Bzowski nie kwestionował bynajmniej tych zasad, ale zwrócił uwagę na coś, co w zasadzie nie pojawiało się w ich rozważaniach. Jego zdaniem nie można było utożsamiać „interesów wymiaru sprawiedliwości z interesem li tylko oskarżonego”. Tak się działo od XIX w., kiedy to zerwano z dawnym okrutnym procesem i w centrum uwagi znalazł się oskarżony, spychając niejako na drugi plan pokrzywdzonego¹¹⁴. Wymierzenie kary przy wieloinstancyjności trwało niezwykle długo i traciło moc oddziaływania na sprawcę czy społeczeństwo, a ofiara bądź jej rodzina zmuszone były czekać na zakończenie procesu karnego, by zrealizować zasądzone powództwo cywilne albo dopiero z nim wystąpić. Dlatego, jak pisał obrazowo „w epoce tak szalenie wzmózonego tempa życia, w epoce radia i samolotów”, należało ograniczyć liczbę instancji oraz znieść apelację od wyroków sądów okręgowych, co przyspieszyłoby postępowanie i obniżyło jego koszty. Dowodzić tego miało chociażby 61% wyroków zatwierdzonych w latach 1933—1935 przez jeden z wydziałów warszawskiego Sądu Apelacyjnego. W pozostałych przypadkach wyroki były uchylane lub zmieniane. Jeżeli nastąpiło to z powodów prawnych, to sąd drugiej instancji wstępuje w rolę Sądu Najwyższego. Jeśli nastąpiło to ze względów faktycznych, to musiały być one zmianami na gorsze z racji operowania wadliwą procedurą¹¹⁵.

porządzeniami. Red. J. Rosenblatt, J. Makarewicz. Kraków 1911, s. 492—495. W cytacie zachowano oryginalną pisownię.

¹¹² K. Bzowski: *Dwie czy trzy...*, s. 348; M. Kober: *Postulaty metod...*, s. 184—185.

¹¹³ K. Bzowski: *Jeszcze...*, s. 580—581.

¹¹⁴ Idem: *Dwie czy trzy...*, s. 352—353.

¹¹⁵ Ibidem, s. 353; K. Bzowski: *Jeszcze...*, s. 581—582; zob. też M. Kober: *Postulaty metod...*, s. 184.

Redakcja „Gazety Sądowej Warszawskiej” postanowiła ustosunkować się do tez przedstawionych przez K. Bzowskiego i w numerze 41 opublikowała swoje stanowisko, w którym stanęła na straży apelacji w procesie karnym. Rzeczony artykuł był kompilacją najważniejszych wypowiedzi, a także referatów, które przyszli dyskutanci zdecydowali się opublikować przed otwarciem listopadowego zjazdu prawników w Katowicach¹¹⁶.

Warto w tym miejscu pochylić się nad nimi oraz nad sprawozdaniem z obrad sekcji karnej sporządzonym przez wspomnianego już wielokrotnie adwokata M. Niedzielskiego¹¹⁷. W trakcie dyskusji zarysowały się dwa diametralnie przeciwstawne stanowiska. Pierwsze reprezentowane między innymi przez A. Mogilnickiego, który był zwolennikiem powrotu do rozwiązań z 1928 r., czyli oczyszczenia kodeksu ze wszystkich dotychczasowych nowelizacji¹¹⁸. Bardzo krytycznie podchodził do styczniowej nowelizacji z 1932 r., a zwłaszcza wprowadzonego przez nią art. 493 § 1—4, który ograniczał, jego zdaniem, tak daleko postępowanie dowodowe (ograniczenia nie dotyczyły prokuratora), że czynił z apelacji instytucję w zasadzie iluzoryczną¹¹⁹. Dowodził, iż sądy drugiej instancji bardzo skwapliwie zaczęły korzystać z tego przepisu i coraz bardziej przekształcały się w instancje na poły kasacyjne. A to z kolei prowokowało głosy podważające sens utrzymywania apelacji w kodeksie, która w przypadku wyposażenia Sądu Najwyższego w prawo łagodzenia kary stała się kompletnie zbędną¹²⁰.

A. Mogilnicki konstatował ze smutkiem, iż wystarczyło tak dalece skreślić apelację, by stała się niepotrzebna tak samo, jak parlament czy samorząd. Zważywszy na bardzo krytyczny stosunek byłego prezesa Sądu Najwyższego do działalności obozu sanacyjnego była to czytelna aluzja do sytuacji politycznej, jaka panowała w Polsce lat trzydziestych, zwłaszcza po przyjęciu Konstytucji kwietniowej¹²¹.

Radykalnie odmienną postawę zaprezentował E.S. Rappaport, który zaproponował stworzenie nowego kodeksu postępowania karnego. Ten radykalny postulat uzasadnił odejściem od zasad państwa liberalnego w stronę rozwiązań

¹¹⁶ Redakcja „Gazety Sądowej Warszawskiej”: *W sprawie utrzymania apelacji w sprawach karnych*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 41, s. 570—572.

¹¹⁷ *Sprawozdanie p. Mariana Niedzielskiego, adwokata, z dyskusji nad sądem jednoosobowym i zniesieniem względnie utrzymaniem apelacji*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 47.

¹¹⁸ A. Mogilnicki: *Postulaty...*, s. 490.

¹¹⁹ Idem: *KPK wymaga zmian*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 16, s. 242; na to samo zwracał uwagę S. Glaser, który postulował wykreślenie z kodeksu wspomnianego artykułu, by móc znowu mówić o rzeczywistej apelacji. A ponadto sugerował, by wyposażyć Sąd Najwyższy w prawo kontroli ustaleń faktycznych w tych wypadkach, w których kodeks nie przewidywał drugiej instancji merytorycznej. S. Glaser: *Dookoła...*, s. 624.

¹²⁰ A. Mogilnicki: *KPK...*, s. 244.

¹²¹ *Ibidem*, s. 242.

integralno-totalnych, których wyraz znaleźć można było w nowej konstytucji, ustawach karnych, w tym w kodeksie karnym z 1932 r.¹²²

Odwołanie się E.S. Rappaporta do nowych założeń aksjologicznych, które powinny stać się punktem odniesienia dla twórców prawa, nie było jedynym takim wystąpieniem w trakcie zjazdu. Pojawił się również głos, który przekonywał, że nowoczesny sędzia polski był wychowany w duchu państwa totalnego i był świadom państwowego wymiaru sprawiedliwości karnej. Wyrokując, wcielał w życie tak rozumiane swoje posłannictwo¹²³. Na taką postawę nie można było liczyć ze strony sędziów zasiadających w instancji apelacyjnej, gdyż należeli do pokolenia, które wyrosło na gruncie wartości charakterystycznych dla demokracji liberalnej¹²⁴.

Z ciekawszych pomysłów *de lege ferenda*, na jakie zwrócił uwagę w sprawozdaniu M. Niedzielski, warto wskazać dwa, które padły z ust zdecydowanych przeciwników apelacji i nie były one powieleniem od lat powtarzanych w dyskusjach propozycji. Sędzia Tadeusz Semanedi zaproponował radykalne rozwiązanie, a mianowicie zlikwidowanie sądów apelacyjnych i przekazanie wszystkich funkcji w zakresie merytorycznej kontroli wyroków Sądowi Najwyższemu. W podobnym duchu wypowiedział się przywołany już wcześniej E.S. Rappaport, który opowiedział się za stworzeniem w Izbie Karnej Sądu Najwyższego sekcji władnych do kontroli merytorycznej zakwestionowanych wyroków¹²⁵.

Przed wprowadzeniem systemu kasacyjno-rewizyjnego przestrzegał znany i ceniony adwokat Leon Peiper, który podzielił się z dyskutantami swoją refleksją dotyczącą działania Sądu Najwyższego w Wiedniu. Z jego obserwacji wynikało, że taka konstrukcja sądu zawiodła jako instancja rewizyjna oraz doprowadziła do obniżenia poziomu orzecznictwa kasacyjnego.

Rozważania członków sekcji karnej nie ograniczyły się tylko do zagadnienia apelacji, ale obejmowały również dyskusję nad kwestią pośrednio z nią związaną, a mianowicie problem sądów orzekających w składach jednoosobowych. Przypomnieć należy, że zmiany z sierpnia 1932 r. rozszerzyły znacząco możliwość orzekania jednoosobowego nie tylko w postępowaniu w pierwszej instancji (sądy grodzkie), ale również w sądach okręgowych (pierwszej i drugiej instancji) oraz w sądzie apelacyjnym jako instancji odwoławczej. Ze sprawozdania dowiadujemy się, że w nadesłanych na zjazd referatach oraz w trakcie

¹²² *Sprawozdanie...*, s. 651; zob. też E.S. Rappaport: *Kodeks karny r. 1936 a nowa konstytucja polska*. „Palestra” 1936, nr 4, s. 251—261; Warto, jako ciekawostkę przypomnieć, iż pozytywny stosunek E.S. Rappaporta do władz sanacyjnych oraz ówczesnej rzeczywistości politycznej stał się przyczyną zerwania przez A. Mogilnickiego długoletnich więzi przyjaźni, jaka łączyła tych dwóch znamienitych prawników. A. Mogilnicki: *Wspomnienia adwokata i sędziego*. Warszawa 2016.

¹²³ *Sprawozdanie...*, s. 652.

¹²⁴ *Sprawozdanie...*, s. 652; J. Koredczuk: *Wpływ nurtu...*, s. 196.

¹²⁵ *Sprawozdanie...*, s. 653.

dyskusji nie pojawili się obrońcy tego uregulowania. Ze zdecydowaną krytyką sierpniowej nowelizacji wystąpili główni referenci wspomniani wielokrotnie A. Mogilnicki oraz S. Glaser.

Obaj dyskutanci zwracali uwagę, że składy jednoosobowe z pewnością były tańsze i zapewne działały szybciej, zastanawiali się jednak, czy taki model nie będzie godzić w dobro wymiaru sprawiedliwości i należyte wyrokowanie¹²⁶. Ponadto S. Glaser poruszył jeszcze jeden ważny aspekt, który, podobnie jak u A. Mogilnickiego, wiązał się z sytuacją polityczną. W stabilnych czasach wpływ władz na pojedynczych sędziów może nie odgrywać znaczącej roli, ale zmienia się to w okresie rządów autorytarnych, które podważają niezależność sądownictwa. Kolegialność wzmacnia niezawisłość sędziów i utrudnia władzy wpływanie na decyzje sędziowskie. Zatem rozwiązaniem niezwykle oryginalnym i niespotykanym nawet w Anglii, która zbudowała swoje sądownictwo na systemie monokratycznym, było wprowadzenie jednoosobowego orzekania także w instancji apelacyjnej¹²⁷.

M. Niedzielski, podsumowując obrady sekcji, konkludował może nazbyt optymistycznie, że większość prawników nie zmierzała do likwidacji merytorycznej kontroli wyroków, a jedynie domagała się uregulowania jej w odmienny sposób¹²⁸.

VI. Celem procesu, jak pisał A. Mogilnicki, było dojście do prawdy materialnej, czyli wyjaśnienie czy doszło do przestępstwa, wykrycie sprawcy i wymierzenie mu stosowanej kary. Postępowanie należało przeprowadzić z zachowaniem gwarancji procesowych oskarżonego i pokrzywdzonego oraz w taki sposób, by nikt niewinny nie został niesłusznie skazany¹²⁹. Można przyjąć, na podstawie poczynionych wcześniej uwag, że tak rozumiany cel procesu nie budził zastrzeżeń po stronie zarówno zwolenników, jak i przeciwników apelacji. Spór, jak widzieliśmy, dotyczył przede wszystkim przyjętej w kodeksie liczby instancji oraz modelu środków odwoławczych.

Słowa współczesnego karnisty Clausa Roxina o tym, iż prawo karne procesowe jest sejsmografem ustawy konstytucyjnej, a zapewne też i klimatu politycznego, znajdują również zastosowanie do tego, co działo się w Polsce lat trzydziestych¹³⁰. Zaostrzenie sytuacji politycznej, narastające tendencje autorytarne, odejście od zasad Konstytucji marcowej i uchwalenie nowej na odmiennych założeniach aksjologicznych nie pozostało bez wpływu na wygłaszane opinie na temat prawa karnego materialnego i procesowego, czy w ogóle systemu prawa¹³¹.

¹²⁶ A. Mogilnicki: *Postulaty...*, s. 489.

¹²⁷ S. Glaser: *Postulaty reformy procesu...*, s. 33; A. Mogilnicki: *Postulaty...*, s. 488—489.

¹²⁸ *Sprawozdanie...*, s. 653.

¹²⁹ A. Mogilnicki: *Postulaty...*, s. 487.

¹³⁰ S. Waltoś, P. Hofmański: *Tendencje rozwoju...*, s. 409.

¹³¹ J. Koredczuk: *Wpływ nurtu...*, s. 190, 204.

Dobrym przykładem może być przemówienie Wacława Makowskiego, profesora prawa karnego i wielokrotnego ministra sprawiedliwości, który w trakcie zjazdu w Katowicach stwierdził, że konstytucja z 1935 r. zerwała z dotychczasowym rozumieniem prawa, czyli systemem reguł mających zabezpieczyć między innymi swobody obywatelskie i inne prawa człowieka. Nowe prawo miało służyć dobru powszechnemu i solidarności powszechnej, a nie egoistycznym celem jednostki¹³².

W podobnym tonie na tym samym zjeździe wypowiedział się ówczesny minister sprawiedliwości Witold Grabowski. Przypomniął, że zmiany, jakie zaszły w Niemczech, Włoszech czy Rosji radzieckiej, stanowiły przykład przyjęcia skrajnych rozwiązań, ale podkreślał także, iż mogły dać asumpt do rozważań, co w polskim wymiarze sprawiedliwości oraz prawie karnym wymagało zmiany. Co do tego, że wymagało reformy, minister nie miał wątpliwości, mówiąc bardzo wyraźnie na zjeździe w Katowicach, że prawo karne oraz doktryna nie były przystosowane do wymogów teraźniejszości. Polska miała podążać linią środka tak, by nowe przepisy godziły prawa jednostki z obowiązkami, jakie winna wypełniać wobec wspólnoty, wobec narodu¹³³.

Zyskująca coraz więcej sympatyków koncepcja państwa totalnego sprzyjała głoszeniu haseł wzywających do zerwania z przerostami formalizmu i liberalizmu w procesie karnym, który w postaci licznych gwarancji procesowych przedłużał niepotrzebnie postępowanie. Domagano się przyspieszenia procesu oraz zerwania z anachronizmem, który dostrzec można było w ukształtowaniu statusu oskarżonego w kodeksie z 1928 r. Szerokie gwarancje przyznane nie tylko oskarżonemu, ale również pokrzywdzonemu, kłóciły się z prozą życia i wręcz tamowały rozwój kultury narodu¹³⁴.

Zwolennicy prewencji generalnej podkreślali, że postępowanie karne powinno być zakończone w takim czasie od popełnionego przestępstwa, by orzeczona sankcja była w stanie wywrzeć odpowiedni wpływ na społeczeństwo. Druga instancja merytoryczna była w ich mniemaniu przeszkodą na drodze do szybkiego i taniego osądzenia sprawcy, a w konsekwencji utrudniała realizację zadania wyznaczonego karze. Z czasem postulat przyspieszenia procesu obok obniżenia jego kosztów stał się głównym argumentem zwolenników zreformowania kodeksu z 1928 r. Tym samym zasada bezpośredniości tak chętnie wykorzystywana w polemikach ze zwolennikami apelacji zeszła na drugi plan.

Warto na koniec postawić pytanie, w którą stronę zmierzał przedwojenny proces karny nie tylko w kontekście liczby instancji czy modelu środków od-

¹³² *Sprawozdanie z otwarcia III Zjazdu Prawników Polskich*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, nr 45—46, s. 641; K. Pol: *Poczet...*, s. 1063.

¹³³ *Sprawozdanie z otwarcia...*, s. 642.

¹³⁴ *Ibidem*; J. Koredeczuk: *Ewolucja praw stron w polskim procesie karnym okresu międzywojennego*. W: *Przez tysiąclecia...*, s. 190—195.

woławczych, ale całości zawartych w nim uregulowań. Odpowiedź na to pytanie daje poniekąd głośna nowelizacja z roku 1938, która przeszła do historii pod nazwą *lex Grabowski*¹³⁵. Nowela objęła swym zasięgiem 50 artykułów kodeksu i miała za zadanie jeszcze bardziej uprościć i przyspieszyć postępowanie. Między innymi przez ograniczenie zasady bezpośredniości, rozszerzenie możliwości orzekania jednoosobowego i utrudnienie zaskarżalności wyroków.

Chyba nie tego spodziewał się wspomniany wielokrotnie mecenas M. Nieldzielski, kiedy relacjonował III Zjazd Prawników Polskich w Katowicach i dostrzegął możliwość wypracowania kompromisu oraz stworzenia „jak najbardziej racjonalnej i celowej merytorycznej kontroli wyroków”¹³⁶.

Przyjdzie na koniec zgodzić się ze znawcą problematyki, że każda zmiana kodeksu oddalała go od założeń, jakie przyświecały jego twórcom i wprowadzała do niego coraz to więcej elementów, które nadawały mu bardziej inkwizycyjny charakter¹³⁷.

¹³⁵ Dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 listopada 1938 r. o usprawnieniu postępowania sądowego (Dz.U. RP nr 89, 609).

¹³⁶ *Sprawozdanie...*, s. 653.

¹³⁷ J. Koredczuk: *Kształtowanie się modelu polskiego procesu karnego w latach 1918—1955*. W: *System prawa karnego procesowego*. T. 1: *Zagadnienia ogólne*. Red. P. Hofmański. Warszawa 2013, s. 342—343.

Anna Stawarska-Rippel, Tomasz Adamczyk

Vergleichende Studien zum Berufungsmodell in den Strafsachen der II. Republik Polen — Geschichte oder Gegenwart?

Schlüsselwörter: Berufung, Berufungsmittelsystem, Entwurf der polnischen Strafprozessordnung, Kodifikationskommission der II. Republik Polen

Zusammenfassung: Das Problem der richtigen Gestaltung des Berufungsmittelsystems in einem Gerichtsverfahren sowohl in Straf- als auch Zivilsachen sollte die Juristen — Reformen insbesondere zur Zeit der politischen Umbrüche beanspruchen. Völlige Berufung, deren Beschränkung oder die Unwiderruflichkeit entsprechen der geltenden Struktur der Gerichtsbarkeit. Die Kodifikationskommission der II. Republik Polen hatte vorrangig die Aufgabe, das für wiederbelebten polnischen Staat bestmögliche System der entsprechenden Berufungsmittel zu entwickeln. Der vorliegende Beitrag schildert die Diskussion zur Berufung im Laufe der Arbeiten an der ersten polnischen Strafprozessordnung und deren weitgehender Novellierungen. Die Verfasser besprechen die Stellung von Gegnern und Anhängern zur Berufung von den vom Beschwerdesenat der Bezirksgerichte gefällten Urteilen. Damalige Probleme haben nichts an Aktualität verloren. Bis zum heutigen Tage bezwecken jegliche Änderungen im Strafprozess in erster Linie Verbesserung und Beschleunigung des Strafverfahrens. Angesichts der sich verändernden Umstände wird es immer wieder nach einem richtigen und entsprechenden Größenverhältnis zwischen dem Schutz der Rechte des Angeklagten, dem Wert der Wahrheitsfindung, dem Schutz der öffentlichen Sicherheit, dem Kampf gegen steigende Kriminalität und Schutz der Interesse des Geschädigten gesucht.

Anna Stawarska-Rippel, Tomasz Adamczyk

The Model of Appeals in Criminal Cases in the Second Republic of Poland in a Comparative Approach — History or the Present?

Keywords: appeal, means of appeal, project of a Polish code of penal proceedings, Codification Commission of the Second Republic of Poland

Summary: Developing a system of appeals in court proceedings, both in criminal and civil cases, is a matter of particular interest for legal reformers, especially in times of political breakthroughs. Admission of a full appeal, its limitation, or lack stems from the structure of the judiciary. Among priority tasks of the Codification Commission of the Second Republic of Poland was designing a system of appeals that would serve best the re-established Polish state. This article highlights the commission's deliberations during work on the first Polish code of penal proceedings and during its far-reaching amendments. It discusses the standpoints of opponents and supporters of maintaining appeals from district court rulings decided by a judicial panel. Those problems have not lost their relevance. Until this day changes in a criminal lawsuit primarily attempt to streamline and accelerate penal proceedings. Under changing conditions, the search continues for the correct and adequate proportions between the protection of the defendant's rights and the value of discovering the truth, the need for protecting public safety, fighting increasing crime, and protecting the victim's interests.

ОЛЕГ ПРОСТИБОЖЕНКО

Київ

Идея общности имущества супругов: генезис и развитие в советском семейном праве

Вступление

Во второй половине XIX века стало очевидным несоответствие существующего регулирования положения женщины в семье. Отсутствие полной дееспособности у жены, невозможность распоряжаться ею своим имуществом, полная зависимость от мужа были наиболее унижительными и выступали объектом критики не только представителей феминистических движений, но и учёных-правоведов¹.

Первая четверть XX века стала временем поиска большей справедливости и баланса интересов супругов в правовом регулировании их имущественных отношений. Одновременно в разных частях Европы происходили процессы реформирования семейного права, направленные на расширение правосубъектности женщины, защиты её имущественных прав и законодательного признания непрямого участия в приобретении имущества. В силу ряда исторических событий именно советский подход к решению этих задач стал наиболее распространённым на территории Европы.

Целью этой работы является комплексное исследование возникновения в советском праве идеи общности имущества супругов и её развития

¹ См., напр. Г.Ф. Шершеневич: *Учебник русского гражданского права*. Москва 1995, С. 427–429.

в науке советского семейного права, законодательстве и судебной практике. Кроме того, в статье анализируется используемая в этой области терминология, а также подходы советского законодателя к содержанию и сущности общности супружеского имущества.

Правовое регулирование имущественных отношений супругов в Российской империи

Попытки кодификации законодательства Российской империи предпринимались, начиная со времён Петра I. По его указу от 18 февраля 1700 года была учреждена специальная комиссия по составлению «Новоуложенной книги» — нового юридического сборника из материалов «Соборного уложения» 1649 года и принятых после него законов. В 20-х — 30-х годах XIX века эти попытки обрели конкретные результаты в виде создания «Полного собрания законов Российской империи», впервые изданного в 1830 году, и «Свода законов Российской империи», вступившего в действие в качестве законодательного акта в 1835 году². Регулированию гражданских и семейных отношений был посвящен 10-й том указанного «Свода законов» (далее также — «Свод законов»).

В то же время в составе «кодификационной комиссии» была создана группа по систематизации местных законов так называемых «западных губерний», т.е. земель, которые были присоединены к России на протяжении XVII—XVIII веков и правовое регулирование в которых было связано с применением литовских статуты, польских законодательных актов и сборников магдебургского права. В 1837 году эта группа подготовила проект систематизированного сборника — «Свод местных законов западных губерний» (далее также — «Свод местных законов»). Хотя в 1838 году Государственный совет Российской империи утвердил этот проект, статус источника права он так и не приобрел. Победу одержала тенденция расширения общероссийского законодательства на территорию западных губерний³. Местное право западных губерний официально было

² В.А. Томсинов: *Предисловие*. В: П.М. Майков: *О Своде законов Российской империи*. Москва 2006, С. X.

³ Ю. Пивоваров: *К вопросу об истории создания Свода законов западных губерний*. URL: http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/7094/2/Pivovarova_Yu_Nac_ekonomika_RB_2011_S_246-247_ocr.pdf; В.А. Чехович: *Звід місцевих законів західних губерній Російської імперії 1837*. В: *Енциклопедія історії України*. Т. 3: *Е—Й*. Київ 2005, С. 319.

отменено указом от 25 июня 1840 года, озаглавленном «О распространении силы и действия Российских гражданских законов, на все Западные, возвращенные от Польши, области»⁴.

Правовому регулированию имущественных отношений супругов в Своде законов Российской империи было посвящено около десяти статей, объединённых в единое структурное подразделение под названием «О правах на имущества». В статье 109 Свода законов предписывалось, что «браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность». Согласно статье 110 «приданое жены, равно как имение, приобретенное ею или на её имя во время замужества, через куплю, дар, наследство или иным законным способом, признаётся её отдельной собственностью». В статье 114 была закреплена возможность супругов «продавать, закладывать и иначе распоряжаться своим имением прямо от своего имени, независимо друг от друга», а в статье 115 содержался запрет «мужу поступаться имением жены, или жене имением мужа, иначе, как по законной на сие доверенности». В соответствии со статьями 116—117 «Свода законов» супруги имели право совершать между собой любые сделки: купли-продажи, дарения, заклада⁵. В отдельном структурном разделе («О приданом и рядной записи»), размещённом в части «Свода законов о договорных правоотношениях», регламентировались правила о приданом жены (статьи 1001—1009 «Свода законов»)⁶.

Стоит отметить, что при этом супругам воспрещалось заключать брачный контракт или любые другие соглашения, которые «должны касаться... совокупности всего имущества супругов, а также неизвестного будущего имущества, и которые должны сохранять силу на все время существования брака...»⁷. Такой подход объяснялся тем, что «начало раздельности имущества супругов имеет, в числе других преимуществ, именно ту хорошую сторону, что оставляет каждого из супругов полным хозяином имущества, сохраняющим самостоятельность во все время брачной жизни и имеющим возможность распорядиться имуществом, когда оно уже приобретено, сообразно обстоятельствам данного времени...

⁴ А.А. Тесля: *Источники гражданского права Российской империи XIX—начала XX веков. Монография*. Хабаровск 2005, 160 с. URL: <http://www.rummuseum.ru/portal/node/1056>.

⁵ *Свод законов Российской Империи*. Издание в 16 томах. Т. X: *Свод законов гражданских*. СПб, 1857, С. 22—23.

⁶ Там же, С. 85—86.

⁷ *Гражданское уложение*. Кн. 2: *Семейственное право: проект Высочайше учреждённой Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлечениями из трудов Редакционной комиссии)*. Под ред. И.М. Гютрюмова, сост. А.Л. Саатчиан. Москва 2008, С. 104.

Вступающие в брак находятся часто в состоянии увлечения, препятствующем им действовать с достаточной обдуманностью и предусмотрительностью. Существующее по действующему в России закону однообразие имущественных отношений супругов имеет и само по себе преимущество перед допускаемым другими законодательствами разнообразием систем, ибо различие в системе имущественных отношений супругов отражается не на них одних, но и на третьих лицах, которым вследствие этого необходимо знать, какой системой регулируются эти отношения»⁸.

Свод местных законов также посвящал имущественным отношениям супругов около десяти статей, объединённых в аналогичный по названию со «Сводом законов» структурный раздел. Однако сами нормы имели совсем другое содержание. Так, «Свод местных законов» в статье 271 предусматривал, что в Волынской, Подольской и Киевской губерниях «жена почитается как бы состоящей под опекой своего мужа; для всех её действий в судебных местах требуется представительство мужа (*assistentia mariti*)». Согласно статье 272 «каждый из супругов может иметь и вновь приобретать отдельную собственность. Им предоставляется как взаимно, так и в пользу посторонних перекреплять принадлежащее каждому из них имущество, посредством всякого рода законно совершаемых актов...». В статье 273 предусматривалось, что «приданое жены, хотя почитается отдельной её собственностью, но состоит в общем пользовании супругов, и жена во время брачного сожителства не может без согласия мужа делать никаких распоряжений...». В соответствии со статьёй 275 «прочим отдельным имуществом, кроме приданого, приобретенным через дар, наследство, куплю или иным законным образом, в губерниях Виленской, Гродненской, Минской и области Белостокской, жена пользуется и может отчуждать независимо от своего мужа. В губерниях же Волынской, Подольской и Киевской она не может без согласия мужа ни отчуждать, ни обременять никакого недвижимого имения долгами, в пользу постороннего лица, а в пользу мужа без согласия двух ближайших её родственников». В статье 276 «Свода местных законов» был отображён обратный принцип — «муж, если он приданое жены обеспечил на недвижимом своем имуществе, не может такового имущества ни отчуждать, ни обременять долгами без согласия жены... В губерниях Волынской, Подольской и Киевской требуется на сие сверх того согласие двух ближайших родственников жены»⁹.

⁸ Там же, С. 105.

⁹ *Свод местных законов западных губерний*. Проект / Издали по поручению Юридического Факультета Императорского С.-Петербургского Университета: М.Я. Пергамент, профессор С.-Петербургского Университета и барон А.Э. Нольде, приват-доцент С.-Петербургского Университета. СПб., 1910, С. 65—66.

Особый интерес с точки зрения данной работы представляют статьи 277, 278 «Свода местных законов», согласно которым «в общем имуществе, нажитом супругами во время брачного сожителства, право распоряжения принадлежит мужу. Впрочем взаимные права супругов по имуществу определяются в особенности предбрачным договором, если таковой при совершении брака, законно заключен был...». «Предбрачному» договору был посвящён отдельный структурный раздел, размещённый в разделе о договорных обязательствах «Свода местных законов» (статьи 1006—1014)¹⁰. Не прибегая к деталям, отметим наличие сходства «предбрачного» договора с брачным контрактом в современном семейном/гражданском праве.

Создание «Свода законов» Российской империи не означало прекращения работы по кодификации гражданского законодательства. Работа по подготовке проекта, который именовался «Гражданское уложение Российской империи», началась в 1882 году по распоряжению Александра III. Царь велел приступить к разработке проекта кодекса, который учёл бы наработки судебной практики и достижения гражданско-правовой науки, в том числе иностранной. В 1905 году такой проект был опубликован, а в 1913 году — внесён в Думу, однако принят так и не был¹¹.

Семейному праву была посвящена вторая книга. Регламентация имущественных отношений была представлена в 9-й главе, которая включала два отделения. Первое касалось общих правил (ст.ст. 238—244), а второе — приданого (ст.ст. 245—260). В целом этот документ сохранял существующие подходы действующего законодательства Российской империи, совершенствуя и детализируя его. Согласно проекту брак не устанавливал общности имущества супругов (статья 238), супруги могли совершать между собой любые договора, кроме (пред-)брачного договора (статья 241) и т.д. Правовое регулирование института приданого приобретало более чёткий и детализированный характер. Стоит обратить внимание на терминологию проекта Гражданского уложения. Например, в статьях 236, 237, 322 и др. употребляется словосочетание «содержать себя своим трудом»¹², однако в контексте права супругов на содержание в случае развода.

Необходимо отметить, что правовой режим имущественной раздельности супругов, существовавший в Российской империи, признавался достаточно прогрессивным по сравнению с положением жены в других европейских странах. В имущественной сфере законодательством жена

¹⁰ Там же, С. 209—210.

¹¹ В.А. Слыщенкова: *Проект Гражданского уложения 1905 г. и модернизация русского гражданского права*. «Известия высших учебных заведений. Правоведение» 2004, № 4 (255), С. 243—253.

¹² *Гражданское уложение*. Кн. 2: *Семейственное право*, С. 99, 101, 189.

была наделена дееспособностью, а её права были достаточно гарантированы¹³.

Первые советские кодексы в сфере семейных правоотношений и возникновение идеи общности имущества супругов

В соответствии с «Декретом о суде № 1», принятым Совнаркомом 22 ноября 1917 года, местные суды должны были руководствоваться в своих решениях «законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не отменены революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию» (статья 5)¹⁴. «Декретом о суде № 2» от 15 февраля 1918 года было установлено, что суд руководствуется гражданскими и уголовными законами, прямо не отменёнными декретами советской власти и не противоречащими «социалистическому правосознанию» (статья 36)¹⁵.

В связи с этим в советской и современной научной литературе принято считать, что советское право кардинально порывало с предыдущим историческим опытом. В целом новой властью было провозглашено разрушение институтов «буржуазного права», взамен которых должно быть создано «пролетарское коммунистическое право»¹⁶. Действительно, в области частного права большевиками были сделаны коренные изменения: выделение из гражданского права семейного права, отмена религиозного брака, упрощение процедуры расторжения брака, уравнивание в правах женщин и мужчин, брачных и внебрачных детей. Показательно, что «Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве» от 16 сентября 1918 года был первым кодексом, принятым большевиками. Он получил довольно широкий международный резонанс. В частности, директор Института сравнительного правоведения в Лионе Эдуард Ламбер издал по этому поводу книгу, где отметил, что «советский кодекс осуществляет полностью программу феминистов... Он стро-

¹³ Г.Ф. Шершеневич: *Учебник русского гражданского права...*, С. 430—431.

¹⁴ *Декреты Советской власти*. Т. I. Москва 1957, С. 125.

¹⁵ Там же, С. 473.

¹⁶ О.Д. Максимова: *Роль Д.И. Курского в формировании идей советского права и в законотворчестве*. «Правоведение» 2014, № 4 (315), С. 227.

ит союз тела и души вместо союза имущества, каковым является буржуазный брак, ... уничтожает право мужчины навязывать женщине свою фамилию, навязывать свою волю в вопросах воспитания детей, он уравнивает ее имущественные права и, таким образом, производит коренной переворот в этом деле»¹⁷.

Однако правовое регулирование имущественных отношений супругов вначале не претерпело столь существенных изменений. Так, вышеуказанный «Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве» содержал только две статьи о правовом режиме имущества супругов. Согласно статье 105 указанного кодекса «брак не создает общности имущества супругов», а в соответствии со статьёй 106 супруги «могут вступать между собой во все, дозволенные законом, имущественно-договорные отношения. Соглашения между супругами, направленные к умалению имущественных прав жены или мужа, недействительны и не обязательны как для третьих лиц, так и для супругов, которым предоставляется в любой момент от исполнения их отказаться»¹⁸.

Таким образом, в сфере имущественных отношений супругов первый советский семейный кодекс в целом продолжал традиции царской России. Часто даже используемая терминология не отличалась (сравнить статью 105 советского кодекса со статьёй 238 проекта «Гражданского уложения»), что вполне объяснимо преемственностью определённых взглядов и идей, существующих среди юристов. Однако, описывая отличия советского семейного права от «буржуазного», народный комиссар юстиции РСФСР Д.И. Курский выдавал раздельность имущества супругов в качестве достижения советской власти¹⁹ и умалчивал о существовании аналогичного положения в праве Российской империи.

¹⁷ Н.Н. Тарусина: *Семейное право: очерки из классики и модерна*. Ярославль 2009, С. 107.

¹⁸ *Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве РСФСР от 16.09.1918 г.* URL: http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_363.htm

¹⁹ «...советское право признает полную раздельность имущества, принадлежавшего супругам до брака... Основная мысль состоит в том, что имеется полное равенство имущественных прав обоих брачующихся. Между тем, если мы обратимся к буржуазному праву, то увидим в нем до последнего времени исключительное неравенство. Общее правило буржуазного законодательства всех стран состоит в том, что муж управляет имуществом жены... Что касается имущества, которое имеет жена, то оно поступает по буржуазному праву в фактическое управление мужа, который является единственным распорядителем этого имущества. Вот это неравенство, которое имело и имеется в буржуазном законодательстве, было с первых же шагов устранено нашим законодательством. В Кодексе 1918 года уже существовала статья о раздельности имущества». (Д.И. Курский: *Кодекса законов о браке, семье и опеке: доклад на 3-й сессии ВЦИК XII созыва (1926 г.)*. В: Д.И. Курский: *Избранные речи*. Москва 1948, С. 153).

В первые годы установления власти большевики уделяли особое внимание уравниванию прав женщин, которые занимались домашним хозяйством, и мужчин, которые зарабатывали деньги. Они очень гордились тем, что «ни одно государство и ни одно демократическое законодательство не сделало для женщины и половины того, что сделала Советская власть в первые же месяцы своего существования»²⁰. Однако притеснение прав женщины большевики также усматривали в ведении ею домашнего хозяйства семьи: «Женщина продолжает оставаться домашней рабыней, несмотря на все освободительные законы, ибо ее давит, душит, отупляет, принижает мелкое домашнее хозяйство, приковывая ее к кухне и к детской, расхищая ее труд работою до дикости непроизводительною, мелочною, изнервливающею, отупляющею, забивающею»²¹.

По замыслу коммунистов, освобождение женщины должно было наступить путем «перестройки мелкого домашнего хозяйства в крупное социалистическое хозяйство»²². Нужно было «общественное хозяйство и чтобы женщина участвовала в общем производительном труде»²³. Для достижения этой цели предполагалось создание общественных столовых, яслей, детских садов. Это должно было способствовать большему участию женщины в производстве, т.е. в трудовой деятельности, вместо ведения домашнего хозяйства.

В одночасье обеспечить такое количество указанных заведений советская власть не могла, поэтому проблема фактического уравнивания супругов оставалась нерешённой. По нашему мнению, именно это вынудило большевиков признать ведение домашнего хозяйства в качестве труда, который является основанием для возникновения у женщины прав на имущество. Не исключено, что такая мера предполагалась как временная, но последующие события отодвинули её с повестки дня. Как бы там ни было, но уже в объяснительной записке к проекту нового кодекса о браке, семье и опеке нарком юстиции РСФСР Д.И. Курский указывал, что «брак при советском строе представляет собой прежде всего союз двух трудящихся, где нет возможности расчленить, что из общего имущества в этом союзе и кем именно заработано и принесено для общего пользования. По-

²⁰ См., напр.: В.И. Ленин: *О задачах женского рабочего движения в Советской республике. Речь на IV Московской общегородской беспартийной конференции работниц 23 сентября 1919 г.* В: *Полное собрание сочинений В. И. Ленина*. Т. 39. Москва 1970, С. 201; Д.И. Курский: *Объяснительная записка к новому проекту Кодекса законов о браке, семье и опеке (1925 г.)*. В: Д.И. Курский: *Избранные речи...*, С. 143.

²¹ В.И. Ленин: *Великий почин (июль 1919 г.)*. В: *Полное собрание сочинений В.И. Ленина*. Т. 39..., С. 24.

²² Там же.

²³ В.И. Ленин: *О задачах женского рабочего движения в Советской республике...*, С. 201.

этому с правовой стороны диктуется необходимость признать общность прав каждого из супругов на все, что добыто ими за время совместной жизни. Эта потребность выявлена нашей судебной практикой, которая установила еще в 1922 г., что даже в тех случаях, когда один из супругов, обычно жена, ограничивается работой только по обслуживанию семьи, не принося никаких доходов извне, как это делает муж, она производит, однако, полезную работу, вполне соответствующую работе мужа, почему и имеет полное право при расчленении брачного союза на получение своей доли из общего имущества в меру вложенного труда»²⁴.

Таким образом, достижение фактического уравнивания имущественных прав жены, которая занималась домашним хозяйством, и мужа, который добывал средства к жизни, был включён в повестку реформирования советского семейного законодательства. Основная идея заключалась в расширении прав жены на приобретённое в браке имущество, хотя бы оно и было приобретено за счёт мужа и оформлено на его имя.

В статье 12 проекта нового кодекса РСФСР было предусмотрено, что «имущество, нажитое супругами в течение брака, считается принадлежащим супругам на началах общей собственности (статьи 61—65 Гражданского кодекса)»²⁵. При этом отсутствовало положение о раздельности имущества, приобретённого до заключения брака. Подобные формулировки вначале были заложены и в проект нового кодекса УССР.

В связи с таким содержанием высказывались мнения о его внутренней противоречивости либо же возможности двоякого понимания. Например, А.М. Винавер отмечал, что поскольку идея учреждения общности имущества состоит в наделении другого из супругов правом на имущество именно в связи с прекращением брака, то конструкция общей собственности неприемлема, так как предполагает право собственника на выдел в любой момент²⁶. Ф.И. Вольфсон подчёркивал, что кодекс не указывает источников, форм и способов «наживания»²⁷. С.И. Раевич обращал внимание, что понятие «имущество, нажитое супругами» возможно растолковать как имущество, нажитое супругами совместно, в результате совместной деятельности, либо же как имущество, нажитое каждым супругом, независимо от наличия содействия со стороны другого супруга²⁸.

²⁴ Д.И. Курский: *Объяснительная записка...*, С. 146—147.

²⁵ Цит. за: А.М. Винавер: *Супруги и нажитое ими имущество. (По поводу ст. 12 Проекта Кодекса законов о браке, семье и опеке)*. «Право и жизнь» 1925, Кн. 4—5, С. 61.

²⁶ А.М. Винавер: *Супруги и нажитое ими имущество...*, С. 6—62.

²⁷ Ф.И. Вольфсон: *Основные вопросы советского семейного права (по кодексам РСФСР, УССР и БССР)*. «Советское право» 1927, № 5, С. 12.

²⁸ С. Раевич: *Проект кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР*. «Советское право» 1925, № 3 (15), С. 8.

В среде учёных и юристов-практиков была развернута довольно широкая дискуссия, разрабатывались альтернативные предложения и т.д. Например, предлагалось указать, что имущество наживается совместным трудом супругов (проект кодекса, предложенный НКВД и поддержанный С.И. Раевичем) или же ещё ярче оттенить мысль, указав «имущество, нажитое одним супругом» (А.М. Винавер). Особое внимание стоит уделить тому, что в науке советского семейного права чётко разграничивались общность имущества супругов и их общая собственность. Тот же А.М. Винавер указывал, что общность имущества является «своеобразным сложным институтом, требующим детальной и пространной регламентации. Без такой регламентации многие и очень многие вопросы неразрешимы»²⁹.

Довольно широкий плюрализм мнений и наличие автономии союзных республик СССР в 20-х годах XX века обусловили возможность принятия различных по своему содержанию кодексов в сфере брачно-семейных отношений. Первым был «Кодекс законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния УССР» от 31 мая 1926 года. В соответствии со статьёй 125 этого кодекса «имущество, которое приобрели супруги совместным трудом во время брака, считается принадлежащим обоим супругам на началах общей собственности (статьи 61—65 ГК) в равных долях. Прочее имущество составляет раздельную собственность каждого из супругов»³⁰. Однако в отличие от российского, кодекс УССР содержал примечание, что труд жены, связанный с ведением домашнего хозяйства или уходом за детьми, приравнивается к труду мужа по добыванию средств к существованию.

Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР был принят 19 ноября 1926 года и посвящал имущественным отношениям супругов две статьи. Так, согласно статье 10 «имущество, принадлежавшее супругам до вступления в брак, остается раздельным их имуществом. Имущество, нажитое супругами в течение брака, считается общим имуществом супругов. Размер принадлежащей каждому супругу доли в случае спора определяется судом»³¹. Статья же 13 полностью повторяла положения статьи 106 Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве от 16 сентября 1918 года.

Таким образом, не прямое участие одного из супругов в приобретении общего имущества (т.е. ведение домашнего хозяйства) впервые было при-

²⁹ А.М. Винавер: *Супруги и нажитое ими имущество...*, С. 61.

³⁰ Цит. за: *Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України*. Пер. з рос. С.В. Ківалов, Ю.С. Червоний, Г.С. Волосатий [та ін.]; за ред. Ю.С. Червоного. Київ—Одеса 2008, С. 107.

³¹ *Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР*: Принят на 3-й сессии ВЦИК XII созыва 19 ноября 1926 г. Официальный текст с изменениями на 1 ноября 1946 г. и с приложением постатейно-систематизированных материалов. Москва 1947, С. 6.

знано на законодательном уровне именно в Кодексе законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния УССР. Также следует заметить, что в «Кодексе законов о браке, семье и опеке РСФСР» использовалась терминология, присущая вышеуказанному «Своду местных законов». Прежде всего, речь идёт о словосочетании «общее имущество, нажитое супругами», которое встречается в статье 277 «Свода местных законов»³², и по поводу которого происходила серьёзная дискуссия. Именно кодекс РСФСР впервые закрепил это понятие в действующем законодательном акте.

Невзирая на, казалось бы, общую схожесть российского и украинского кодексов, на самом деле различия между ними были существенны. Для понимания дальнейших процессов развития советского семейного права целесообразно провести их сравнительный анализ.

Во-первых, украинский кодекс закреплял режим общей собственности супругов на приобретённое имущество, тогда как российский — режим общего имущества. Это очень важно, поскольку выше указывалось на наличие в советской науке понимания содержательной разницы этих понятий. По-видимому, отход от концепции общей собственности, заложенной в проект кодекса, в сторону концепции общего имущества, позже закреплённой в кодексе, не был случайным. При других обстоятельствах российский режим общего имущества супругов мог бы развиваться в полноценную и разветвлённую систему регулирования имущественных отношений. Трудно сказать, различал ли эти понятия нарком юстиции РСФСР Д.И. Курский, поскольку в одних случаях он упоминает об общей собственности³³, а в других — воздерживается от этого понятия, предпочитая говорить об общем имуществе³⁴. Не исключено, что это понятие было использовано в российском кодексе только с тем, чтобы не породить противоречия между положениями статьи 65 Гражданского кодекса о праве собственника на выдел своей части или же касательно объектов права собственности. В любом случае Верховный суд РСФСР в своём инструктивном письме 1927 года указывал, что «при расторжении брака фактические имущественные отношения супругов главным образом приходится рассматривать с точки зрения возникшей в результате совместной жизни супругов общей собственности»³⁵.

³² Стоит отметить, что *Свод местных законов* был опубликован в качестве памятника права в 1910 г. (см. выше). Это позволило актуализировать используемую в нем терминологию, которая впоследствии видимо была заимствована разработчиками семейного законодательства РСФСР.

³³ Д.И. Курский: *Объяснительная записка...*, С. 147.

³⁴ Д.И. Курский: *Кодекс законов о браке, семье и опеке: доклад...*, С. 171.

³⁵ *Гражданский кодекс РСФСР: Официальный текст с изменениями на 1 января 1952 г. и с приложением постановительно-систематизированных материалов*. Москва 1952, С. 99—100.

Во-вторых, следуя логике законодательства об общей собственности, кодекс УССР чётко предусматривал именно равенство долей супругов. Кодекс РСФСР, видимо следуя логике общности имущества, оставлял этот вопрос на усмотрение суда, что предусматривало возможность раздела имущества не в равных долях.

В-третьих, российский кодекс признавал раздельным именно добрачное имущество супругов. В свою очередь, кодекс УССР признавал таким всё иное имущество, кроме приобретённого совместным трудом, т.е. всё добрачное имущество, а также приобретённое нетрудовыми способами (например, наследство) либо же несовместным трудом.

Таким образом, по кодексу РСФСР общим становилось всё имущество, приобретённое в браке, однако размер доли зависел от усмотрения суда и, надо понимать, от вклада каждого из супругов в его приобретение (хотя в кодексе об этом не упоминается, но это следует из контекста эпохи и подходов большевиков к регулированию этого вопроса). По кодексу УССР общей собственностью становилось лишь имущество, источником которого был совместный труд супругов, в том числе по ведению домашнего хозяйства. В любом случае квалификация имущества как общего вела к его разделу в равных долях.

Ликвидация самоуправления союзных республик СССР и установление тоталитарного режима нашло своё отражение также в семейном законодательстве. Указом Президиума Верховного Совета УССР от 15 сентября 1945 года статья 125 «Кодекса законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния УССР» была изложена в новой редакции: «Имущество, приобретённое работой в период зарегистрированного брака, считается принадлежащим обоим супругам на началах общей собственности. Размер принадлежащей каждому из супругов части в случае спора определяется судом. Прочее имущество составляет раздельную собственность каждого из супругов»³⁶. Таким образом, категория «совместный труд супругов» была заменена понятием «работа в период зарегистрированного брака». Кроме того, отменялась равенство долей супругов в общей собственности.

Учитывая положения кодексов о праве супругов вступать между собой в любые, дозволенные законом, имущественно-договорные отношения, следует отметить невозможность заключения ими брачного контракта. Во-первых, следуя традиции законодательства имперской России, юридическое сообщество не было широко знакомо с этим институтом семейного права. Во-вторых, советское право не допускало умаления прав

³⁶ *Кодекс законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния Украинской ССР: Принят 3-й сессией Всеукраинского Центрального Исполнительного Комитета IX созыва 31 мая 1926 г. Официальный текст с изменениями на 10 октября 1954 г. и с приложением постатейно-систематизированных материалов.* Москва 1954, С. 27.

одного из супругов, что резко сужало сферу его возможного применения. В-третьих, сама идея советского права предполагала, что оно является само собой doskonaльным, а поэтому договорное регулирование имущественных отношений супругов ставилось вне рамок закона. В-четвёртых, законодательные ограничения касательно права собственности на имущество и его количества (например, невозможность быть собственником квартир) обусловили узкий перечень имущества, принадлежащего советским гражданам. Это делало малоцелесообразным и заключение брачного контракта.

Вот как характеризуют возможность сделок между супругами С.С. Бронштейн и С.С. Константиновская: «Что же касается до сделок между супругами в сфере их общего супружеского имущества, то таковые возможны в пределах полного сохранения этой общности. В противном случае имел бы место отказ одной стороны от этой общности, т. е. произошло бы недозволенное умаление прав одной стороны в пользу другой»³⁷.

Трудовая концепция и реформа советского семейного права в 1960-х годах

В науке советского семейного права, особенно в 1920-1930-х годах, подчёркивалось, что положения кодексов 1926 года касательно общности имущества применимы именно к «трудовой семье», т.е. семье, в которой либо оба супруга трудоустроены, либо один из них, а другой занимается домашним хозяйством. Дискуссия того времени велась относительно рамок (границ) трудового подхода. Одни учёные отстаивали точку зрения, что таковыми являются только «трудящиеся», тогда как другие говорили и о кустарниках (ремесленниках), и о свободных профессиях. Однако судебная практика была склонна к более широкому толкованию. Так, С.С. Константиновская и С.С. Бронштейн подчёркивают, что «в термин „нажитое имущество“ наша судебная практика вкладывает трудовой принцип в самом широком смысле этого выражения. Коль скоро у супругов за время их брака появилось имущество в результате деятельности их (наемный труд, кустарничество, умственная свободная профессия и даже предпринимательство капиталистического характера), — имущество это считается нажитым супругами»³⁸.

³⁷ С.С. Бронштейн, С.С. Константиновская: *Имущественные отношения между супругами*. «Право и жизнь» 1927, Кн. 6—7, С. 71.

³⁸ Там же, С. 67—68.

Следует учесть, что кодексы 1926 года были разработаны в условиях НЭПа³⁹, когда допускалось существование «нетрудовых семей», «капиталистических элементов» и т.д. Однако уже в конце 1930-х годов социально-экономическая ситуация в СССР кардинально изменилась. Это дало повод Г.М. Свердлову утверждать, что «в условиях, когда закон имеет дело только с трудящимися, уже нет надобности ни в специальной оговорке о том, что закон имеет ввиду только те семьи, где общее имущество создается только трудом, ибо в трудовой семье имущество всегда создается трудом, ни в установлении какого-либо иного принципа, кроме равенства долей, ибо в трудовой семье всегда предполагается, что труд жены, работает ли она вне семьи или в семье, социально равнозначен общественно-производительному труду мужа»⁴⁰.

Именно в таком ключе и последовала реформа советского семейного права конца 1960-х годов. В это время были утверждены «Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье от 27 июня 1968 года» (далее — «Основы законодательства»), а также соответствующие кодексы союзных республик (в частности «Кодекс о браке и семье УССР от 20 июня 1969 года» и одноимённый кодекс РСФСР от 30 июля 1969 года). По сравнению с кодексами 1926 года новое законодательство было полностью унифицировано и, за несколькими незначительными исключениями, отобразило единый взгляд на имущественные отношения супругов.

В статье 12 «Основ законодательства», посвящённой имуществу супругов, было предусмотрено следующее: «имущество, нажитое супругами во время брака, является их общей совместной собственностью... Супруги пользуются равными правами на имущество и в том случае, если один из них был занят ведением домашнего хозяйства, уходом за детьми или по другим уважительным причинам не имел самостоятельного заработка. В случае раздела имущества, являющегося общей совместной собственностью супругов, их доли признаются равными. В отдельных случаях суд может отступить от начала равенства долей супругов... Имущество, принадлежавшее супругам до вступления в брак, а также полученное ими во время брака в дар или в порядке наследования, является собственностью каждого из них»⁴¹.

³⁹ Новая экономическая политика, осуществляемая в 1920-е годы. Была принята 14 марта 1921 года X съездом РКП(б), сменив политику «военного коммунизма», проводившуюся в ходе гражданской войны в России и войны с соседними странами, которые привели к экономическому упадку. Экономическая политика имела целью введение частного предпринимательства и возрождение рыночных отношений, с восстановлением народного хозяйства.

⁴⁰ Г.М. Свердлов: *К вопросу об общем имуществе супругов*. «Советское государство и право» 1948, № 10, С. 55.

⁴¹ Закон СССР от 27.06.1968 N 2834-VII *Об утверждении Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье*. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=23154#03549264210301091>.

В отличие от кодексов 1926 года в новом семейном законодательстве правовое регулирование имущественных отношений супругов было более пространным и детализированным. Новые правовые нормы отображали не только развитие науки семейного права, но и результаты деятельности советских судов. Именно суды в процессе применения положений кодексов 1926 года вырабатывали новые правила, которые в дальнейшем нашли своё закрепление в семейном законодательстве 1960-х годов. Подтверждение этому находим в постатейных материалах к советским кодексам 1926 года. Так, например, в § 3 постатейных материалов к статье 10 кодекса РСФСР предписано, что «при разрешении спора о разделе общего имущества между супругами суд не должен производить раздела обязательно на две равные части, но в зависимости от обстоятельств дела может увеличить долю одного супруга за счёт другого»⁴².

Основы законодательства являются собой некий компромисс между украинским и российским подходами к правовой регламентации имущества супругов, отображёнными в кодексах 1926 года. В частности, из кодекса РСФСР была заимствована категория «имущество, нажитое супругами», тогда как из украинского — режим общей собственности (который, впрочем, существовал и в судебной практике РСФСР), а также чёткое закрепление учёта непрямого участия одного из супругов в приобретении имущества (т.е. путём ведения домашнего хозяйства). Два других положения — о равенстве долей супругов и раздельного имущества — являли собой попытку объединить украинский и российский подходы.

Особое внимание стоит уделить тому, что российский термин «имущество, нажитое супругами» выступал синонимом терминов «имущество, приобретённое супругами совместным трудом» и «имущество, приобретённое работой в период зарегистрированного брака», использованных в кодексе УССР 1926 года. Предоставление преимущества использованию именно этого термина в советском семейном законодательстве 1960-х годов, невзирая на отсутствие в нём прямого указания, предусматривало возникновение права общей совместной собственности супругов не столько в силу приобретения имущества в период брака, а именно благодаря его приобретению за счёт труда супругов. Следовательно, общее имущество супругов олицетворяло собой материализацию труда супругов — через заработную плату, за которую такое имущество приобреталось (по советской терминологии «наживалось»).

Обратим внимание на восприятие этого термина в советской науке и судебной практике. Так, председатель гражданской палаты Верховного суда СССР М.О. Рейхель указывал, что «для общности нажитого супругами во время брака имущества достаточно, чтобы оба супруга выполня-

⁴² Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР..., С. 78.

ли какой-либо полезный труд, хотя бы труд обоих был совершенно разнородный и выполнялся ими раздельно и в разных местах...»⁴³. Цитируя его, В.Ф. Маслов отмечал, что «закон устанавливает общность только *нажитого* в период брака имущества, то-есть имущества, которое приобретено на трудовые средства, являющегося результатом труда супругов»⁴⁴. Анализируя советское семейное законодательство конца 1960-х годов, судья Верховного суда Эстонской ССР А.Ю. Раяла указывал, что «законодательство и судебная практика исходят из принципа, что общая собственность супругов возникает из их общих трудовых доходов. Имущество, приобретенное во время брака одним из супругов каким-нибудь иным законным путем, но не на трудовые доходы, не составляет общей собственности супругов»⁴⁵.

Таким образом, трудовой подход 1920-х годов к возникновению общности имущества супругов нашёл своё дальнейшее развитие в советском семейном законодательстве 1960-х годов. При этом имело место снижение непосредственно в тексте закона прямых акцентов на труде как источнике приобретения имущества и чёткое закрепление перечня раздельного имущества (добрачное, наследство и дар). Причиной тому послужило состояние социально-экономического развития общества, в котором к тому времени уже не было «капиталистических элементов».

С другой стороны, к 1960-м годам идея труда как основного источника собственности советских граждан уже была неоспорима⁴⁶. Напомним, что в СССР работа была не правом, а обязанностью граждан (ст. 60 Конституции СССР 1977 г.). Советское государство последовательно ограничивало частную инициативу граждан и их возможность по извлечению средств от собственного имущества, не говоря уже о капитале.

Следуя логике трудового подхода, советское законодательство ставило вне рамок закона так называемые «нетрудовые доходы»⁴⁷ граждан. 8 де-

⁴³ М. Рейхель: *Общимуущественные отношения супругов в советском праве*. «Советское государство и право» 1940, № 8—9, С. 114.

⁴⁴ В.Ф. Маслов: *Вопросы общей собственности на жилой дом в судебной практике*. В: *Учёные записки Харьковского юридического института имени Л.М. Кагановича*. 1954. Вып. 5, С. 143.

⁴⁵ А. Раяла: *Общая собственность супругов и её раздел*. «Советское право: Юридический бюллетень» [Таллин] 1972, № 1, С. 18.

⁴⁶ См., напр., И.Л. Брауде: *Право личной собственности в его развитии*. В: *Вопросы советского социалистического права. К 40-летию Великой Октябрьской Социалистической Революции*. Москва 1958, С. 70—106. («Источником личной собственности в эпоху социализма является только труд. Поэтому в условиях безраздельного господства социалистических производственных отношении предметы, находящиеся в личной собственности, не могут быть превращены в капитал, то есть использоваться как средства эксплуатации». С. 72).

⁴⁷ См. детальнее: Г.К. Костров: *Нетрудовой доход как правовое явление*. «Правоведение» 1983, № 4, С. 46—52.

кабря 1961 года законом СССР были утверждены «Основы гражданского законодательства», статья 25 которых предусматривала: «Каждый гражданин может иметь в личной собственности трудовые доходы и сбережения, жилой дом (или часть его) и подсобное домашнее хозяйство, предметы домашнего хозяйства и обихода, личного потребления и удобства. Имущество, находящееся в личной собственности граждан, не может использоваться для извлечения нетрудовых доходов»⁴⁸.

26 июня 1962 года был принят Указ Президиума Верховного Совета РСФСР «О безвозмездном изъятии домов, дач и других строений, возведённых или приобретённых гражданами на нетрудовые доходы». Аналогичные законодательные акты были приняты и в других союзных республиках на протяжении следующего года. Более того, нормы этого законодательного акта были перенесены в гражданские кодексы советских республик. Так, например, статья 106 ГК УССР от 18 июля 1963 года⁴⁹, статья 111 ГК РСФСР от 11 июня 1964 года⁵⁰ были посвящены изъятию в пользу государства имущества, используемого гражданами для извлечения нетрудовых доходов.

Активизация борьбы с нетрудовыми доходами граждан имела место в 1980-х годах. Тогда были внесены изменения в статью 25 «Основ гражданского законодательства СССР» и расставлены ещё более чёткие акценты на трудовом происхождении личной собственности граждан. В частности, указанная статья «Основ гражданского законодательства СССР», среди прочего, была дополнена положением, что «основу личной собственности граждан составляют трудовые доходы»⁵¹. Помимо этого, был принят ряд других нормативно-правовых актов, например, Указ Президиума Верховного Совета СССР от 23 мая 1986 года «Об усилении борьбы с получением нетрудовых доходов»⁵².

⁴⁸ Закон СССР от 08.12.1961 *Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик*. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=9608&from=241-267&rnd=0E1D9B5F3A0B2F1CDA7CFBFAD9D56D4E#012805800129645828>.

⁴⁹ Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/ed19630718/page2>.

⁵⁰ Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/3/page/7>.

⁵¹ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 30 октября 1981 года *О внесении изменений и дополнений в Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик*. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ESU&n=24567&rnd=F6C48876D0600A9CEA0556377FD04D88&dst=100099&fld=134#09522535468947264>.

⁵² Указ Президії Верховної Ради СРСР від 23 травня 1986 року *Про посилення боротьби з одержанням нетрудових доходів*. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v4719400-86>.

Для осмысления имущественных возможностей граждан в советском законодательстве достаточно взглянуть на статью 113 ГК РСФСР и статью 109 ГК УССР. Согласно им личная собственность граждан включала трудовые доходы и сбережения, а также имущество, приобретённое на личные средства или полученное в порядке наследования либо дарения.

Таким образом, трудовая концепция предполагала, что фактическим основанием общности имущества супругов выступало введение законодателем режима общности их трудовых доходов. Так называемые «нетрудовые доходы» граждан были незаконными с точки зрения советского права, а приобретённое за такие средства имущество подлежало изъятию в пользу государства. В то же время законодатель устанавливал допустимые случаи получения гражданами имущества не за счёт труда (например, наследство, дарение), изменяя при этом его правовой режим на личное (по советской терминологии «раздельное») имущество одного из супругов.

Заключение

Первый советский брачно-семейный кодекс в части регулирования имущественных отношений супругов практически полностью следовал традиции регламентации этой сферы в семейном праве Российской империи. Сохранялись раздельность имущества супругов, а также их право заключать между собой любые договоры, предусмотренные законом. Среди этих договоров отсутствует брачный контракт, который также не был разрешён в Российской империи. Более того, часто даже используемая терминология не отличалась.

Основная идея реформы советского семейного права 1920-х годов в сфере имущественных отношений супругов состояла в расширении прав жены на приобретённое в браке имущество, хотя бы оно и было приобретено за счёт мужа и оформлено на его имя. Это предполагалось достичь путём введения общности имущества, приобретённого в браке, а также юридического уравнивания труда жены по ведению домашнего хозяйства и труда мужа по зарабатыванию средств к существованию.

Советские брачно-семейные кодексы 1926 года создавались для трудящихся и «трудовых семей», в связи с чем акцентировали трудовое происхождение общей собственности супругов. Социально-экономические изменения второй половины 1930-х годов и исчезновение в обществе «капиталистических элементов» обусловили ненадобность в законе специальной оговорки о том, что общность имущества супругов создаётся

только их трудом. Следовательно, в процессе реформы конца 1960-х годов в новом семейном законодательстве преимущество отдаётся понятию «имущество, нажитое супругами», которое стало олицетворением советского трудового подхода к режиму общности имущества супругов. Отметим, что это понятие не было изобретением советского законодателя — оно встречалось уже в «Своде местных законов западных губерний», который, однако, не стал законодательным актом.

Трудовой подход к идее общности имущества супругов, возникший в 1920-х годах, в ходе реформ 1960-х годов трансформировался в полноценную трудовую концепцию правового регулирования имущественных отношений супругов. Советским законодателем была выстроена чёткая структура, которая предусматривала, что приобретённое за счёт труда супругов имущество признавалось общим. Имущество, приобретённое не за счёт труда, но в предусмотренных законом случаях (дар, наследство) становилось личным (по советской терминологии «раздельным»). Все иные случаи приобретения имущества не за счёт труда ставились вне рамок закона.

Научная дискуссия в СССР 1920-х годов относительно правовой природы режима общности имущества супругов допускала более широкое понимание его содержания подобно праву западноевропейских стран. Однако преобладание возымел подход, предусматривающий приспособление для этих целей института общей собственности. Новое гражданское и семейное законодательство СССР 1960-х годов продемонстрировало, что дальнейшее развитие юридического института общей собственности осуществлялось с его расщеплением на общий институт гражданского права и специальный институт для имущества супругов в семейном праве (дуализм права общей собственности).

Главным недостатком такого подхода было отсутствие места для обязательств супругов, поскольку объектом права собственности выступают вещи или, шире, имущество, но никак не обязательства. Это обусловило неразвитость в советском семейном праве системы обязательств супругов. Подчеркнём, что ввиду неширокого их использования в советский период это не представляло больших проблем для судебной практики.

После Второй мировой войны советский правовой режим общности имущества супругов получил своё распространение в европейских странах так называемой «народной демократии». Советское семейное право также оказало существенное влияние на право западноевропейских стран и способствовало окончательному оформлению правового режима ограниченной имущественной общности супругов. В отличие от советского подхода, этот имущественный режим не основан на трудовой концепции в чистом виде и учитывает пассивные доходы супругов, а также их обязательства.

Сегодня советский подход к общности имущества супругов не отвечает социально-экономическому развитию общества и требует серьёзного пересмотра. В центрально-европейских странах можно наблюдать броуновское движение в поисках нового подхода к регулированию имущественных отношений супругов. Одни страны пытаются модернизировать и приспособить советский подход к современным условиям путём сохранения режима общей собственности супругов и введения главы об их обязательствах (например, Литва), тогда как другие пытаются полностью порвать с социалистическим прошлым и учредить западноевропейский подход (например, Румыния).

В постсоветских странах, которые на протяжении последнего столетия не знали другого подхода к имущественному режиму супругов, советские подходы играют заметную роль. Так, только Семейный кодекс Украины отказался от использования понятия «имущество, нажитое супругами» (вместо него применяется «имущество, приобретённое супругами»), в то время как во всех других странах эта терминология сохраняется. Армянский законодатель отказался от дуализма права общей собственности, исключив из семейного кодекса положения об общей собственности супругов и сохранив такое регулирование только в рамках гражданского законодательства. В целом же в науке семейного права содержание и сущность правового режима имущества супругов, сохранившегося с советского периода, не ставится под сомнение.

Oleg Prostibozenko

Idea małżeńskiej wspólnoty majątkowej: geneza i rozwój w sowieckim prawie rodzinnym

Słowa kluczowe: radzieckie prawo rodzinne, małżeńskie ustroje majątkowe, wspólnota majątkowa, małżonek, pojęcie pracy, współwłasność

Streszczenie: Artykuł poświęcony jest badaniu genezy idei własności wspólnoty małżeńskiej w prawie radzieckim i jej rozwoju w sowieckiej nauce prawa rodzinnego, ustawodawstwie i orzecznictwie. W pracy opisano regulacje stosunków majątkowych małżonków w imperium rosyjskim. Autor przedstawił warunki i okoliczności przyjęcia pierwszych radzieckich kodeksów prawa rodzinnego oraz wskazał na ich cechy charakterystyczne. Analizie został również poddany wpływ pracy małżonków na radziecki małżeński ustrój majątkowy.

Oleg Prostiboženko

The Idea of Community Property: Genesis and Development in Soviet Family Law

Keywords: Soviet family law, marital property systems, community property, spouse, concept of work, joint ownership

Summary: This article is devoted to research into the origins of the idea of community property in Soviet law and its development in the Soviet study of family law, legislation, and judicature. The paper deals with regulations concerning property relations of spouses in the Soviet empire. The author examines conditions and circumstances of the adoption of the first Soviet codes of family law and indicates their characteristics. He also analyzes the impact of spouses' work on Soviet marital property system.

ŠTEFAN SISKOVIČ

Trnawa

Dva pohľady na pojem samosprávy

Úvod

Základným znakom samosprávy ako pojmu je, že ju vždy nevyhnutne spájame s existenciou určitej komunity — spoločenstva. Štát je viazaný na existenciu spoločnosti. Základný rozdiel medzi spoločenstvom a spoločnosťou podľa Ferdinanda Tönniesa spočíva v tom, že kým spoločenstvo je charakteristické organickým životom a každý člen spoločenstva v ňom plní určitú špecifickú úlohu, v spoločnosti to tak nie je. Ďalším rozdielom je, že spoločenstvo je hodnotovo jednotný celok, pričom pri spoločnosti môžeme pozorovať skôr súperenie jednotlivých hodnotových systémov¹. Anthony Giddens vidí rozdiel medzi spoločenstvom a spoločnosťou v tom, že pri spoločenstve sme konfrontovaní s kultúrnou jednoliatosťou, pričom v spoločnosti sa stretávame skôr s kultúrnou rozmanitosťou². Spoločnosť vníma ako podmienku možnosti existencie určitej kultúry, a tým aj subkultúry v podobe spoločenstva. Dodáva však, že tak ako kultúra nemôže existovať bez spoločnosti, spoločnosť nemôže existovať bez kultúry³. Myslíme si však, že jeho vymedzenie vzťahu medzi spoločnosťou a spoločenstvom nie je striktné. Slovo spoločenstvo používa na vyjadrenie kvalitatívnej, ale aj kvantitatívnej pod jednotky spoločnosti. Národné štáty v jeho výklade preto niekedy vystupujú ako spoločenstvá a inokedy zase ako spoloč-

¹ F. Tönnies: *Gemeinschaft und Gesellschaft*. Leipzig 1935, s. 3—6.

² A. Giddens chápe kultúru ako súbor hodnôt, noriem a hmotných statkov. Spoločnosť vníma ako systém vzájomných vzťahov spájajúcich jednotlivcov. A. Giddens: *Sociologie*. Praha 1999, s. 32.

³ *Ibidem*, s. 32, 38 a 75—83.

nosti⁴. S týmto Giddensovým postojom úplne nesúhlasíme. Spoločenstvo nevnímame iba ako akúsi kvalitatívnu a kvantitatívnu pod jednotku spoločnosti, pričom toto označenie môžeme používať ľubovoľne, keď prechádzame z jednej úrovne výkladu do druhej. Napriek nášmu čiastočnému nesúhlasu s Giddensovou teóriou, spoločným znakom oboch sociologických pohľadov je skutočnosť, že spoločstvo je vo svojej podstate odlišné od spoločnosti. Samospráva, ktorá je výrazom právnej existencie určitej podoby spoločstva, je tak nielen právne, ale aj sociologicky vo svojom základe odlišná od štátu⁵.

Analýza pojmu územná samospráva

Z hľadiska dejinného vývoja je možné súčasnú existenciu samosprávy vnímať aj ako výsledok „historickej snahy“ komunit o samostatné (autonómne) rozhodovanie o záujmoch vlastnej komunity. Samosprávnym komunitám sa darilo hlavne v období feudalizmu. Verejná moc nebola v stredovekom stavovskom štáte sústredená v rukách jednotlivca. Panovník a stavy v ňom stáli proti sebe ako dva ostro vyhranené právne subjekty neustále bojujúce o podiel na verejnej moci v štáte⁶. Až s príchodom absolutistického štátu a policajným štátnym režimom sa roztrieštená verejná moc medzi rôzne právne subjekty stala výhradným a pôvodným depozitom štátu ako takého⁷. Štát začal byť považovaný za jediný suverénny subjekt verejného práva. Teoretickým, ale aj praktickým dôsledkom zjednotenia verejnej moci pod jeden subjekt bolo, že historicky pôvodnejšie komunity ako štát prestali byť originálnymi nositeľmi práv a ich postavenie vo verejnom práve sa zo subjektu (tvorca povinností) zmenilo na objekt (adresát povinností). Postupný rozpad právneho partikularizmu, a to tak osobného, ako aj teritoriálneho, odštartoval novú etapu boja za samostatnú pôsobnosť, nielen územných komunit.

Revolúcie žiadajúce účasť jednotlivca na správe štátu postupne oslabili postavenie absolutistického štátu. Myšlienka, že jednotlivec, ale aj ostatné právne

⁴ Ibidem, s. 76—77.

⁵ Existencia štátu je vždy spájaná s existenciou spoločnosti resp. s jej prostriedkami regulácie sociálnej interakcie. J. Boguszak, J. Čapek, A. Gerloch: *Teória práva*. Aspi 2004, s. 291—292, Súčasná štátoveda však robí medzi spoločnosťou a štátom rozdiel. Mocenské vzťahy vedome udržiavané štátnym aparátom sú len jednou a zvyčajne úzkou vrstvou spoločenských vzťahov. R. Procházka, M. Káčer: *Teória práva*. Bratislava 2013, s. 14.

⁶ Okrem stavov ide aj o mestá, cechy univerzity, ktoré v stavovskom stredovekom štáte získali určité autonómne postavenie voči panovníkovi. O. Gierke: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Vol I. Berlin 1868, s. 332, 337, 437 a 460.

⁷ J. Matějka: *Pojem veřejnoprávní korporace*. Praha 1929, s. 5.

subjekty nie sú len adresátmi právnych povinností, viedla k obmedzeniu absolutistickej moci štátu a odmietnutiu policajného režimu. Právo prestalo garantovať určitej osobe s dedičným nárokom na trón postavenie právneho subjektu, ktorý je pôvodcom všetkej moci v štáte a zároveň stojí nad akýmkoľvek právom⁸. Otvorila sa možnosť hovoriť nielen o demokratizácii štátu, ale aj o demokratizácii verejnej správy. Od súhlasu jednotlivca tvoriaceho súčasť ľudu začala byť odvodzovaná legitimita štátnej moci. Hoci bol štát teoreticky stále považovaný za jediného normotvorcu a suveréna, rovnako ako aj iné právne subjekty bol viazaný právom. Rozsah jeho moci bol pritom daný legitimitou jeho moci, a teda výslovným alebo konkludentným súhlasom ovládaných, s tým kto im vládne a zároveň, že zabezpečuje tie funkcie, na plnenie ktorých sa jednotlivci vzdali časti svojej slobody⁹. V období rozvíjania liberálnych koncepcií sme sa tak historicky ocitli až na prahu súčasného myslenia o právnom štáte¹⁰. V takýchto podmienkach došlo k vytvoreniu pojmu samosprávy ako verejnoprávnej korporácie. Primárne sa tým predišlo opätovnému rozdrobeniu verejnej moci na neštátne subjekty. Všetka verejná moc sa neprestala odvodzovať od jediného zdroja, ktorý ju ako celok delegoval na štát. V unitárnom štáte sme preto konfrontovaní s jednou konštitutívnou mocou zakladajúcou jedinú mocenské centrum štátu. Sekundárne sa zo samosprávy stal orgán včlenený do verejnej organizácie v štáte. Moc samosprávy tvoriaca podmnožinu verejnej moci začala pôsobiť paralelne popri štátnej moci, v súlade s ňou a na jej základe. Pre výsledné postavenie samosprávy bolo charakteristické, že pôsobila ako:

- 1) štátny orgán (normotvorná pôsobnosť) na jednej strane,
- 2) neštátny orgán (samospráva ako subjekt práv a povinnosti) na strane druhej.

Aj dnes je samospráva v právnej teórii chápaná ako súčasť štátneho organizmu, ale tiež aj ako verejnoprávna korporácia podobná štátu, no ako subjekt od neho odlišná a stojaca oproti jeho orgánom. Jej definícia ako verejnoprávnej korporácie je podľa Karla Klímu vyjadrením priamej demokracie a miery decentralizácie¹¹, pričom zásadný rozdiel oproti štátu spočíva v tom, že ako verejnoprávna korporácia nevzniká priamo spoločenskou zmluvou, ale až vyjadrením vôle — normotvorbou štátu. Štát je v podstate právne, fakticky aj teoreticky nadradený samospráve¹². Obdobný názor sa ustálil aj počas existen-

⁸ Postavenie absolutistického monarchu môžeme nájsť u J. Bodina, ktorý jeho moc charakterizuje ako absolútnu a trvalú, ktorá nie je obmedzená žiadnymi ľudskými zákonmi. J. Bodin: *Six books of the Commonwealth*. Oxford 1955, s. 40—48.

⁹ R. Procházka, M. Káčer: *Teória práva...*, s. 28—29.

¹⁰ Aj dnes každý štát, ktorý má snahu byť považovaný za demokratický a právny, musí nájsť rovnováhu medzi centralizáciou a koncentráciou verejnej moci a jej dekoncentráciou a decentralizáciou na nižšie štátne a spoločenské zložky tak, aby táto organizácia zodpovedala charakteru národa, jeho mentalite, aby bola efektívna a prispievala k celospoločenskej stabilite a spokojnosti.

¹¹ K. Klíma: *Teorie veřejné moci (vládnutí)*. Praha 2006, s. 87.

¹² Kým zmluvnou stranou v spoločenskej zmluve môže byť jednotlivec alebo národ ako celok, je zrejme nedokázateľné, aby zmluvnou stranou spoločenskej zmluvy bola aj komunita.

cie prvej ČSR v podobe tzv. právneho pojmu samosprávy. Napríklad podľa Jana Matějku, ktorý bol okrem iného aj autorom hesla verejnoprávna korporácia v *Slovníku veřejného práva*, bola samospráva korporáciou verejnoprávneho typu a vystupovala ako právny subjekt vykonávajúci štátom zverenú časť verejnej správy v najstaršom zmysle¹³ — teda ako svoje vlastné právo¹⁴.

Medzi podstatné znaky samosprávy ako verejnoprávnej korporácie zaraďujeme vo všeobecnosti súhrn vlastností jej subjektu a obsah predmetu jej činnosti. Subjekt samosprávy je možné vyjadriť pozitívne (právna norma obsahuje presné vymedzenie, samosprávnych subjektov)¹⁵. Vtedy sme konfrontovaní so samosprávou, ktorá je vo svojej podstate subjektom odlišným od štátu. Ako právny pojem je vždy vymedzená právnou normou so samostatnou, zákonom vymedzenou pôsobnosťou. Takto pozitívne vyjadrený subjekt samosprávy sa pojmovo nekryje s pozitívne vyjadreným subjektom štátnej správy. Správa, vykonávaná orgánom štátu, je opozitom správy vykonávanej orgánom samosprávy. Dôvodom je odlišnosť kvality výkonu predmetu činností subjektu samosprávy a subjektu štátnej správy. Kým výkon štátnej správy je vždy funkčne viazaný na príslušný funkčne najvyšší správny orgán štátu (napr. vláda, príslušné ministerstvo a pod), samospráva má vždy určitý rozsah právomocí vyznačujúcich sa samostatnosťou, t. j. nezávislosťou na štátnej správe, ale aj iných orgánov verejnej správy. Výkon správy jej majetku, voľba vlastných orgánov a vydávanie noriem týkajúcich sa samostatnej zákonom vymedzenej pôsobnosti samosprávy je podriadená výlučne zákonnej úprave. To zabezpečuje samospráve funkčnú nepodriadenosť a nezávislosť ako subjektu verejnej správy¹⁶. Le-

J.J. Rousseau vyslovene hovorí, že „vyloučíme — li ze společenské smlouvy to co není pro ni podstatné (myslí tým aj kolektívy — pozn. autor), uvidíme, že se redukuje na tato slova: Každý z nás dává svou osobu a všechnu svou moc pod nejvyšší řízení obecné vůle; a přijímáme zároveň každého člena jako nedělitelnou část celku“. J.J. Rousseau odmieta, aby medzi jednotlivcom a „volonté generale“ (všeobecnou vôľou) existoval akýkoľvek medzičlánok v podobe komunity alebo iných záujmových skupín. Rousseauov štát je preto individualistický, kde medzi vôľou jednotlivca a štátom neexistujú iné subjekty, ktoré by boli schopné narušiť tento vzťah. J.J. Rousseau: *O společenské smlouvě*. Dobrá voda 2002, s. 25.

¹³ J. Matějka: *Pojem veřejnoprávní korporace...*, s. 68, 70. Podobný názor môžeme nájsť aj u J. Hoetzla (J. Hoetzl: *Československé správní právo*. Praha 1934, s. 161), ale aj u F. Weyra (F. Weyr: *Československé právo ústavní*. Praha 1937, s. 57—58).

¹⁴ J. Hoetzl: *Československé správní právo...*, s. 70.

¹⁵ Pozri bližšie znenie § 1 zák. čl. XXII/1886 o zriadení obcí, ďalej § 1 z čl. XXI/1886 o municipiách, zákona č. 18/1862 ř. z. (rámcový zákon ríšsky jímž se vyměřují základní pravidla, dle nichž se mají uspořádati záležitosti obecní) čl. IV a ďalej na jeho základe prijaté zemské zákony pre Čechy zákona č. 7/1864 z. z § 28, Moravu zákona č. 4/1864 z. z., § 27 a Sliezsko zákona č. 17/1863 z. z, § 27.

¹⁶ V tejto súvislosti J. Hoetzl dodáva, že pre správne porozumenie predmetu správy je dôležité mať stále na pamäti, že pri správe vo forme buď samosprávy alebo štátnej správy, nejde o správu občanov, ale predovšetkým o správu úloh. J. Hoetzl: *Československé správní právo...*, s. 16.

gálne vymedzenie subjektu, ako aj predmetu činnosti samosprávy sú teda spoločnými a nerozdielnymi odlišovacími kritériami samosprávy od štátnej správy reprezentujúcej štát, ako aj od iných nositeľov verejnej moci v štáte.

Nevyriešeným problémom pokiaľ ide o pojem samosprávy ako verejnoprávnej korporácie zostala skutočnosť nejasného pomenovania, kedy samospráva vystupuje ako štátny a kedy ako neštátny orgán. Problém sa ešte vyostril tým, že samosprávne orgány začali po organickom spojení štátnej správy a samosprávy vykonávať aj úlohy tzv. delegovanej štátnej správy. Pre niektorých autorov to znamenalo, že samospráva v prípadoch, keď vykonávala úlohy delegovanej štátnej správy pôsobila ako štátny orgán, ak naopak plnila úlohy vlastnej správy vystupovala výhradne ako neštátny orgán. Uvedené riešenie však ešte viac zahmlilo situáciu okolo postavenia samosprávy. Ak by totiž platilo, že samospráva je štátnym orgánom iba v prípade, že vykonáva delegovanú štátnu správu a pri výkone vlastnej pôsobnosti vystupuje ako neštátny subjekt, tak by to znamenalo, že téza štát tvorí právo a právo tvorí štát by prestala platiť, pretože by platilo, tvrdenie že:

- a) samospráva je pri výkone vlastnej pôsobnosti neštátom tvoriacim právo alebo by si udržala svoju platnosť, ale potom by sme museli pripustiť, že:
- b) samospráva tvorí normy, ktoré nie sú právnymi normami.

Podľa nášho názoru pojem samosprávy vysvetľovaný prostredníctvom verejnoprávnej korporácie síce priniesol do diskusie o pojme samosprávy nové argumenty, no neposkytol dostatočne zrozumiteľný záver, ktorý by objasňoval postavenie samosprávy v systéme vertikálnej del'by moci.

Základné delenie samosprávy pozostávalo na začiatku 20. storočia, ale aj v súčasnosti z dvoch hlavných skupín:

- a) územná samospráva¹⁷,
- b) záujmová samospráva¹⁸.

Podstatou vnútorného členenia samosprávy na územnú a záujmovú je, že kým územná samospráva sa vyznačuje vlastným teritóriom a štátom určeným rozsahom svojej pôsobnosti a pôsobnosti svojich noriem (hoci aj záujmová samospráva má určitý vzťah k územiu, špecifikom vzťahu územnej samosprávy k vlastnému teritóriu je, že jej moc sa v zásade vzťahuje na všetkých, ktorí sa na jej území nachádzajú), tak záujmová samospráva je typická svojou personálnou pôsobnosťou, pričom pôsobnosť jej noriem je viazaná síce personálne, no zvyčajne na celé územie štátu. Územná samospráva sa preto svojimi znakmi (verejnoprávna korporácia s vlastným teritóriom, personálnym substrátom,

¹⁷ Územnú samosprávu *Slovník veřejného práva* vymedzuje ako: „...na př. obec je jakýmsi mikrokosmem státu: jde o universalitu působnosti a moci vrchnostenské, obci podléhají všechny osoby a jejich prostřednictvím všechny věci na jejím území“. J. Hoetzl: *Slovník veřejného práva československého*. Svazek I. Brno 1929, s. 1.

¹⁸ „I samospráva zájmová má své území, avšak její moc vrchnostenská resp. pečovatelská týká se jen určitého okruhu osob: příslušníku určitých povolání (stavů). Ibidem, s. 1.

a tiež aj vlastnými osobitnými právnymi normami a orgánmi ako organizačno-normatívnym substrátom) veľmi podobá právnemu pojmu štátu¹⁹.

Pri skúmaní pojmu samosprávy v prvej ČSR a jej definície ako verejnoprávnej korporácie sa môžeme stretnúť aj s presvedčením, že podstata samosprávy tkvela nielen v určitej povahe tohto subjektu a charaktere jeho pôsobnosti, ale aj v tom, že sa občania spravujú sami, a teda, že samospráva je správou samých občanov resp. tzv. „*živlem občanským*“²⁰.

Z predchádzajúceho výkladu nám preto vyplýva, že spoločnými znakmi sú a výsledný pojem samosprávy je vždy kumulatívne závislý od:

- a) vlastností subjektu, ktorý ju vykonáva, jeho pôsobnosti resp. práv a povinností,
- b) v konečnom dôsledku aj od schopnosti presadiť si vlastnú členmi samosprávy tvorenú vôľu voči štátnej vôli prostredníctvom priamo volených a nie štátom dosadených orgánov.

Aj v prvej ČSR môžeme u viacerých autorov nájsť práve snahu o definovanie samosprávy pomocou vymedzenia jej subjektu a ohraničenia rozsahu jej činnosti a právomocí. V zásade si právní vedci, pokiaľ išlo o samosprávu, kládli dve otázky. Na jednej strane sa pýtali, či je samospráva ako subjekt samotným štátom, resp. totožná so štátom? Druhou otázkou, ktorej zodpovedanie záviselo na obsahu odpovede prvej bolo, či je činnosť samosprávy štátnou činnosťou alebo je jej vlastnou činnosťou. Odpoveď na obidve otázky pritom záležala na tom, či samospráva vystupovala ako subjekt vytvárajúci právny poriadok štátu alebo ako subjekt, ktorý bol adresátom právnych noriem vytvorených sebou samým alebo inými orgánmi štátu. A práve miešanie obidvoch pohľadov na samosprávu, pri ktorej na jednej strane vystupovala ako čistý teoretický normotvorný subjekt a na druhej ako skutočná verejnoprávna korporácia, zahmlievalo povahu pojmu územnej samosprávy.

¹⁹ G. Jellinek definuje právny pojem štátu ako „*původní mocí vládní opatřená korporace usedlého lidu, ...územní korporace (Gebietskörperschaft)*“ (J. Jellinek: *Všeobecná státověda*. Praha 1906, s. 187). J. Prusák opisuje štát ako formu organizácie spoločnosti, ktorá „*vznikla na základe spoločenskej zmluvy, vyznačuje sa tak..., ako aj personálnym vecným a organizačno-normatívnym substrátom*“ (J. Prusák: *Teória práva*. Bratislava 1995, s. 56). Pri samospráve sa neuplatňuje fikcia jej vzniku na základe spoločenskej zmluvy a nie je preto ani nositeľom pôvodnej moci.

²⁰ Uvedené spojenie slov sa v rôznych obdobiach (živel laický a pod.) nachádza u viacerých vtedajších odborníkov na správne právo.

Samospráva — prirodzený či právny konštrukt?

Na prelome 19. a 20. storočia a aj v období prvej ČSR nebola odvodenosť samosprávy, a tým aj jej pojmová podriadenosť pod štát a jeho právny poriadok tak neotrasiteľne prijímaným faktom ako v súčasnosti²¹. Podľa J. Matějku patril pojem samosprávy v 19. storočí k jedným z najspornejších právnych pojmov²². Teoretické ukotvenie pojmu územnej samosprávy sa v štáte polarizovalo, pričom základ polemiky vychádzal z dištinkcie medzi tzv. politickým a právnym pojmom územnej samosprávy²³. František Weyr uvádzal, že „*správné posouzení podstaty tzv. samosprávy stíženo jest velmi politickým významem, jež má. Následkem zvláštních politických poměrů v bývalém Rakousku byl i zde právnický význam její (proti politickému, a to zejména národnostnímu) zatemňován. Tím i zde vznikla otázka, zda příslušnost (veřejná moc) samosprávních těles — jmenovitě územních, na rozdíl od odborných (stavovských) — jest jakýmsi vlastním, na státní moci nezávislým právem, nebo zda i tato příslušnost plyne ze státu, tj. patrně z ustanovení právního řádu. Rozumí se, že představa nějakého „vlastního“ na státě tj. na právním řádu nezávislého práva na samosprávu nemá žádného smyslu*“²⁴.

V čom bol teda odlišný právny od politického pojmu samosprávy?²⁵ Idea právneho štátu²⁶ na prelome 19. a 20. stor. nám jednoznačne predkladala posta-

²¹ Pozri napr. D. Hendrich, a kol.: *Správní právo obecná část*. Praha 2003, s. 410.

²² J. Matějka: *Pojem veřejnoprávní korporace...*, s. 68.

²³ Politický a právny pojem samosprávy pojednáva o type samosprávy, ktorý je charakteristický nielen nezávislosťou vlastných orgánov na štáte, čo je typickým znakom každej samosprávy, ale hlavne tým, že sa snaží vymedziť práva skupiny obyvateľstva žijúceho na určitom území. Ide nám hlavne o vymedzenie právneho alebo politického pojmu územnej samosprávy, ako špeciálneho typu samosprávy, ktorá sa od ostatných typov samospráv odlišuje svojou teritorialitou — územným vymedzením. Zachovanie slovného spojenia právny a politický pojem samosprávy bez dodatku územná má preto zodpovedať dobovým označeniam. Pre spresnenie preto uvádzame, že náš nasledujúci výklad sa bude zameriavať vždy iba na územnú formu samosprávy, hoci sa v článku neskôr slovo samospráva neobjaví spolu s prívlastkom územná v jeho gramatických podobách.

²⁴ F. Weyr: *Soustava československého práva státního*. Praha 1924, s. 239.

²⁵ Spor o obsah politického a právneho pojmu samosprávy nebol jednoliaty. Aj v rámci prvej ČSR sa nájdu názory, ktoré boli odlišné od hlavného myšlienkového prúdu. Jedným z nich je aj koncepcia J. Hoetzla. Podľa neho politický pojem samosprávy znamená iba organizačný princíp štátnej správy: štátnu správu neobstarávajú len úradníci, ale tiež občania. Právny pojem samosprávy podľa neho označuje, že správu vykonáva niekto iný než štát — verejnoprávny zväz, pričom v prípade porušenia a neoprávneného zásahu štátu do jeho právomocí sa môže tento zväz domáhať svojho práva na súde. J. Hoetzl: *Československé správní právo...*, s. 161 a 178.

²⁶ F. Fleiner hovorí o právnom štáte ako o štáte, v ktorom sa všetok život, či už súkromný alebo štátny, pohybuje v medziach práva. F. Fleiner: *Stát úřednický a lidový*. „Správní obzor“, roč. VIII, 1916, s. 338.

venie samosprávy v spoločnosti, ako výtvor právneho poriadku. Samosprávu nechápala ako akési primárne od štátu oddelené teleso, ktoré by malo byť nositeľom vlastnej pôvodnej moci. Právny pojem samosprávy teda v právnom štáte vychádzal z predpokladu, že výkon verejnej správy samosprávou je výrazom organického spojenia mocenskej podstaty štátu a zároveň jeho normotvornej schopnosti určiť, kto je subjektom verejnej správy a čo bude predmetom jeho činnosti. Inak povedané, samospráva vnímaná ako subjekt, je síce odlišná od štátu, no činnosť, ktorú vykonáva, je stanovená štátom a odohráva sa výhradne v rámci zákonom vymedzených hraníc. F. Weyr bol napokon presvedčený, že z uvedeného dôvodu by bol akýkoľvek iný význam pojmu samosprávy poukazujúci na oddelenosť samosprávy od štátu nezmyselný, pretože obsah pojmu samosprávy a jej postavenia v štruktúre štátu stanovuje vždy iba právny poriadok²⁷. Podobný názor nájdeme aj u Paula Labanda²⁸, Otto Mayera²⁹ a Herrmanna Herrnritta³⁰, ktorí videli samosprávu ako určitú verejnoprávnu korporáciu obstarávajúcu záležitosti správy samostatne a vo verejnom záujme, pričom táto činnosť musela byť samospráve zaručená právnym poriadkom ako jej vlastné právo. To síce umožňovalo samospráve konať samostatne, ale len v medziach stanovených právnym poriadkom štátu. Pomenovanie vlastná a samostatné je len právnym poriadkom štátu garantované a priamo od neho odvodené právo samosprávy na výkon určitej oblasti správy.

Politický pojem samosprávy, ktorý môžeme nájsť napr. u Bohuša Riegra, prezentoval samosprávu ako „*osobnost s přirozenými základními právy, tak že stát nemá se jich dotýkati, nýbrž šetřiti má volného sebeurčení obce, jejího přirozeného oboru působnosti, jenž je mu vlastně sférou cizí*“³¹. Politický pojem samosprávy operoval s kvalitatívne odlišným pohľadom na jej samostatnosť, ako môžeme nájsť u vyššie spomenutých autorov. Samosprávu chápal ako

²⁷ F. Weyr nakoniec po zhodnotení právnej úpravy verejnej správy v bývalom Rakúsku zastával názor, že dovtedajšia samostatnosť organizácie samosprávnych úradov územných korporácií oproti obdobnej hierarchii štátnych úradov bola nevhodná (Pozri bližšie F. Weyr: *Soustava československého práva státního...*, s. 241). S uvedeným názorom sympatizoval aj J. Hoetzl, ktorý sa v jednom svojom príspevku vyjadril, že samospráva je v náuke považovaná za štátnu správu. J. Hoetzl: *Nová organisace politické správy*. Praha 1928, s. 10.

²⁸ U P. Labanda nájdeme tvrdenie, že samostatnosť podštátnych subjektov je závislá od vôle štátu a jeho orgánov. Samospráva preto podľa neho existuje iba tam, kde štátna moc nevykonáva svoju moc bezprostredne, pretože boli určité právomoci „rezervované“ na základe zmluvy alebo legislatívneho aktu štátu pre podštátny subjekt. P. Laband sa tým snažil vrátiť Haenelovu koncepciu nezávislosti a odlišnosti subjektu samosprávy od štátu. Porovnaj: P. Laband: *Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Freiburg und Leipzig 1895, s. 102—103 a 107; A. Haenel: *Deutsches Staatsrecht*. Leipzig 1892, s. 817.

²⁹ Porovnaj def. samosprávy u O. Mayera: O. Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig 1895, s. 373.

³⁰ Porovnaj def. samosprávy u H. Herrnritta: H. Herrnritt: *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*. Tübingen 1921, s. 187—188.

³¹ B. Rieger: *O vedoucích myšlenkách naší samosprávy*. Praha 1902, s. 7.

samostatnú politickú jednotku podobnú jednotlivcovi, ktorá mala určitý okruh prirodzených práv, ktoré štát musel rešpektovať a nesmel do nich zasahovať. Obsah politického pojmu samosprávy pritom vychádzal z predstavy, že obce sú prirodzenými zväzmi ľudí, ktorí v organickom spojení vytvárajú špeciálny typ osobnosti s prirodzenými politickými právami. Bohuš Rieger dodal, že základom všetkých politických práv obce je právo na sebaurčenie obce. Vychádzal pritom z ustanovenia, ktoré bolo obsahom zák. č. 18/1862 ř. z.³² Medzi ďalšie politické práva obce by sme mohli zaradiť právo nezávisle vykonávať okruh vlastnej správy a byť kontrolovaný od štátu nezávislými orgánmi — správnym súdnictvom. Politický pojem samosprávy, teda na rozdiel od jej právneho pojmu, neodvodzoval práva samosprávy od právneho poriadku, ale odvolával sa na jej prirodzené práva.

Politický pojem samosprávy ako teoretický konštrukt bol čiastočne odrazom právneho stavu resp. právny stav bol odrazom predstavy o politickom pojme samosprávy. Či už bola pôvodnejšia teória politického pojmu samosprávy alebo právny poriadok upravujúci obec ako politické teleso s prirodzenými právami faktom zostáva, že v rakúskej časti Rakúsko-Uhorska bol zavedený systém výkonu samosprávy prostredníctvom územných verejných korporácií. Ten vychádzal zo zásady, že „základom štátu je slobodná obec“³³, čo vytváralo právny základ dvojkoľajného systému verejnej správy³⁴. Išlo

³² Ibidem, s. 11; por. zákon č. 18/1862 ř. z. čl. V: „Působnost samostatná, to jest ta, v níž obec, šetříc zákonů říšských a zemských sama se volně může na všem ustanovovati a dle toho nařizovati a opatření činiti, obsahuje v sobě vůbec vše to, co se předkem a nejprve prospěchu obce dotýče, a v mezích jejích vlastními silami opatřeno býti může“.

³³ J. Matějka: *Pojem veřejnoprávní korporace...*, s. 92.

³⁴ Právny základ dvojkoľajného systému spočíval v rozdelení úradov na politické a samosprávne. Systém politických úradov ako štátnych orgánov s všeobecnou pôsobnosťou bol upravený na základe zákona č. 44/1868 ř. z. o organizaci politických úradů a neskôr pozmenený zákonom č. 52/1873 ř. z, zákonom č. 164/1886 ř. z., zákonom č. 43/1897 ř. z. na úrovni okresov ním boli zavedené okresné hajtmanstvá na čele, ktorých stál okresný hajtman. Na úrovni krajín pôsobilo pre Čechy miestodržiteľstvo v Prahe, pre Moravu miestodržiteľstvo v Brne a pre Sliezsko zemská vláda v Opave. Najvyššími stupňom politickej správy boli ministerstvá. Právomoci jednotlivých nižšie organizovaných politických úradov boli vymedzené veľmi široko. § 3 zákona č. 44/1868 ř. z. zakotvil, že sa rozsah pôsobnosti politických úradov na úrovni krajiny určoval podľa rozsahu pôsobnosti im vecne nadriadeného ministerstva. Popri uvedených úradoch politickej správy so všeobecnou pôsobnosťou existovali ešte úrady so špeciálnou pôsobnosťou (napr. školské, banské, colné, železničné, poštovné). Po roku 1848 a konci Bachovho absolutizmu bol v Čechách zavedený systém územnej samosprávy, pričom najnižšou územnosprávnou jednotkou týchto územných od politickej — štátnej správy oddelených korporácií sa stala na základe zákona č. 18/1862 ř. z. obec. Pre jednotlivé krajiny boli vydané tieto zákony o obecnom zriadení: Čechy — zákon č. 7/1864 z. z, Morava — zákon č. 4/1864 z. z. a Sliezsko — zákon č. 17/1863 z. z. Vyšším stupňom boli zastupiteľské okresy na Morave (zákon č. 38/1877 ř. z.) Sliezsku (zákon č. 37/1868 ř. z.), tzv. „silniční okresy“ a najvyšším stupeň územnej samosprávy predstavovali krajiny. Pozri k tomu aj P. Mosný: *Podkarpatská Rus: nerealizovaná autonómia*. Bratislava 2001.

o odlišný typ samosprávy než existoval v Uhorsku. Uhorské samosprávne orgány boli tvorené sčasti volenými laikmi a sčasti menovanými úradníkmi. Hoci sa typu tzv. vrchnostenskej samosprávy v Uhorsku budeme bližšie venovať v nasledujúcom výklade, spomenieme, že Uhorská verejná správa bola vykonávaná územnou samosprávou v podobe municípií a obcí. Podľa zák. čl. XXI/1886 municipiálny zákon a XXII/1886 o zriadení obcí³⁵ išlo síce tiež o verejnoprávne korporácie, ktoré ale na rozdiel od verejnej správy v Čechách plnili aj funkcie štátnej správy (vykonávali výkon prenesenej štátnej správy). V Uhorsku preto nebola štátna správa a samospráva organicky oddelená a úlohy všeobecnej štátnej správy (okrem niektorých špeciálnych úloh zverených do pôsobnosti administratívneho výboru) plnili samosprávne verejnoprávne korporácie. „Sloboda“ samosprávy mala v Uhorsku iný obsah ako v rakúskej časti Rakúsko-Uhorska.

Dvojkolajný systém verejnej správy na území Čiech bol často v porovnaní s fungovaním uhorskej verejnej správy ešte neprehľadnejší. Na konci 19. stor. sa preto živo diskutovalo o jeho reforme³⁶, pričom zmena postavenia samosprávy podľa uhorského typu bola považovaná za vzor³⁷. V tejto súvislosti Albín Bráf uvádzal, že bolo potrebné oddeliť idey a skutočné potreby pri úprave postavenia samosprávy v štáte. Rozborom rôznych kompetenčných konfliktov a nejasností dospel k záveru, že tzv. idea samostatnosti samosprávnych kolektív, prameniaca v ich mýtickom prirodzenom práve na výkon vlastnej správy a práve na sebaurčenie, je prežitkom³⁸. Dôvod pokroku a nevyhnutnej zme-

³⁵ Pozri bližšie P. Mosný, L. Hubenák: *Dejiny štátu a práva na Slovensku*. Košice 2008; A. Švecová, T. Gábriš: *Dejiny štátu, správy a súdnictva na Slovensku*. Plzeň 2009; M. Laclavíková, A. Švecová: *Pramene práva na území Slovenska II, 1790–1918*. Trnava 2012.

³⁶ K. Laštovka rozdeľoval návrhy na reformu zemskej správy v Čechách na: 1. zavedenie krajského zriadenia a 2. organické zlúčenie správy autonómnej (samosprávy) so zemepanskou (štátna správa). Za reformu podľa bodu 1. boli podľa neho E. Hácha, J. Hoetzel. Za reformu podľa bodu 2. boli H. Herrnit, Rauchberg a iný. Sám K. Laštovka sa vyhraňuje proti organickému spojeniu samosprávy so štátnou správou. Dôvodom bolo, že samospráva v systéme rakúskej verejnej správy poskytovala jednotlivým národom možnosti na vlastný rozvoj a rast. Podľa neho si zástancovia organického spojenia vytvorili určitý aprioristický pojem štátu s vlastnými potrebami a úlohami, ktoré má plniť prostredníctvom správy a tento koncept sa snažia nanútiť národné roztrieštenému obyvateľstvu. K. Laštovka: *Autonomie zemí*. „Správní obzor“, roč. IX, 1917, s. 250–254.

³⁷ Podobný typ tzv. vrchnostenskej samosprávy sa nachádzal aj v Anglicku pod názvom „self-government“. (O. Klapka: *Samospráva a župní zřízení*. Praha 1923, s. 17–18; A. Bráf: *Idey a skutečnosti v samosprávě*. Praha 1902, s. 3541), ale aj v Prusku, kde sa za jeho zakladateľa považoval Gneist, pod ktorého vplyvom boli do pruského právneho poriadku recipované princípy fungovania anglickej verejnej správy. A. Bráf: *Idey a skutečnosti...*, s. 33.

³⁸ A. Bráf odmietal názor, ktorý prirodzené práva obce a z toho plynúca požiadavka samosprávy mala viesť k obnoveniu zvrchovanosti Českého kráľovstva. A. Bráf: *Idey a skutečnosti v samosprávě...*, s. 25 a 32.

ny postavenia územnej samosprávy v štáte (všeobecne nielen v Čechách) videl v uvedomení si, že výkon samosprávy je výkonom verejnej povinnosti³⁹.

Postupné presadenie názoru, že samospráva nie je ako subjekt od štátu oddelená absolútne ani pojmovo a že samostatnosť výkonu jej právomocí neznamená neviazanosť zákonmi a ústavou, viedlo k odmietnutiu vnímania samosprávy ako prirodzenej právnickej osoby, ktorá musela mať štátom priznané práva. Zmena kvalitatívneho postavenia samosprávy v štáte síce neznamenala jej zánik no tým, že začala plniť úlohy pokladané za štátne a ich výkon bol odvodzovaný od štátnej delegácie, sa na ňu prestalo nazerať ako na orgán absolútne oddelený od štátu. Hoci sám Otto Gierke presadzoval koncepciu prirodzených práv obce a miest podľa stredovekého modelu, uvedomoval si, že „*obec (územná samospráva — pozn. autora) je sama organizmom a článkom vyššieho organizmu*“⁴⁰. Hugo Preuss aplikoval Gierkeho predstavu na opis systému verejnej správy v Prusku tak, že „*podriadenie obcí pod vyššie kolektívy neporušuje ich osobnosť a ich povahu samosprávnych telies. Ich vlastná činnosť vyplýva z ich funkcií, ktoré sú prirodzené pre samosprávny organizmus a nie z tých, ktoré im prináležia, keď konajú ako štátne orgány*“⁴¹. Jeho cieľom bola snaha vysvetliť Gierkeho pojem vyšší organizmus a uzavrieť tým samosprávne telesá s prirodzenými právami do vlastnej sústavy. V romantickom období sa ale „najvyšším organizmom“ stal štát reprezentujúci národnú spoločnosť, ktorého vôľa sa stala organicky nadradenou jednotlivým menším územným komunitám⁴². Historicko-právna škola, predstavujúca si právo ako odraz doby, do ktorej môžeme zaradiť aj O. Gierkeho, nakoniec vyústila k teoretickej neudržateľnosti koncepcie prirodzených práv samosprávnych telies a predstave samosprávy ako nutných spoločenských zväzkov⁴³. V spojitosti s tým Karl Kormann uvádza, že „*určitý názor môže byť napokon viac zdanlivo než skutočne historicky správny, no napriek tomu dogmaticky chybný*“⁴⁴. Jeho téza je postavená na tom, že z historickej pôvodnosti samosprávy nie je možné odvodiť teoretic-

³⁹ Zároveň však dodáva, že je nevyhnutné, aby sa na výkone samosprávy podieľalo občianstvo — laický prvok. Pozri bližšie ibidem, s. 51—56.

⁴⁰ O. Gierke: *Rechtsgeschichte der heutigen Genossenschaft*. Berlin 1868, s. 824, Dostupné na internete: <www.archive.org/stream/dasdeutschegeno05giergoog#page/n5/mode/lup> (navštívené dňa. 10. 01. 2013).

⁴¹ H. Preuss však v zapätí dodáva, že samospráva a štátna správa a ich úlohy sú navzájom prepojené: „*Nesmieme pritom ale zabúdať, že obidve tieto funkcie nie sú od seba navzájom oddelené, ale navzájom sa prelínajú*“. H. Preuss: *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*. Berlin 1889, s. 223 a násl.

⁴² Pozri bližšie učenie o organickom štáte J. Jellinek: *Všeobecná štátoveda...*, s. 154—157.

⁴³ K výkladu o nutných a vytvorených zväzkoch pozri bližšie výklad J. Matějka: *Pojem veřejnoprávní korporace...*, s. 38—40 a tiež 90—91.

⁴⁴ K. Kormann: *Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts*. In: *Annalen des Deutsche Reichs*, 1911, s. 858.

kú pôvodnosť jej moci. Tým sa však na druhej strane historický fakt prednosti samosprávy pred štátom neodsúva úplne do úzadia. Obidve roviny skúmania sú preto pri formulácii pojmu samosprávy dôležité a nie je možné ich zanedbať.

Záver

Odmietnutie politického pojmu samosprávy a presadenie názoru, že samospráva existuje len na základe práva, a preto nie je absolútne oddelená od štátu, umožnilo rozvinutie právneho pojmu samosprávy. Právny štát charakteristický organickým spojením jeho mocenskej a právnej podstaty sa prejavoval, ako tvrdil F. Weyr⁴⁵, v podobe jediného suveréna, od ktorého sú ostatné navonok samostatné kolektívy, konkrétne samospráva, priamo odvodené a sú ním vytvárané. F. Weyr išiel ale ešte ďalej, keď hovoril z pozície normatívneho poznávania o výkone samosprávy iba ako o plnení jednej z funkcií štátu⁴⁶. Samospráva vystupovala v jeho koncepcii ako čistý apriórny pojem. Mala vymedzený rozsah normotvorby, ktorá však nebola jej vlastnou, ale štátnou normotvorbou, pretože len štát mohol byť pôvodcom práva. Rozdiel medzi štátnou správou a samosprávou bol preto len relatívny — terminologický, nie absolútny — pojmový⁴⁷. Pojem samosprávy tak splýval s pojmom štát. Historický vývoj pritom F. Weyr vôbec nezohľadnil. Z nášho pohľadu predstavovala Weyrova koncepcia hraničnú pozíciu, ktorej miernejšia verzia (napr. Labandova alebo Herrnrittova, ale aj Klappkova) akceptovala skutočnosť, že štát svojou normotvornou činnosťou nevytvoril určité komunity. V rámci vlastného vývoja, kedy štát začal plniť aj správne funkcie, do seba síce pohltil teoreticky, no nie historicky, pôvod ich právomoci. Z tohto pohľadu bola potom existencia samosprávy prejavom tolerancie štátu v jeho vlastnej suverenite na jeho území, pretože ju výslovne nezrušil, ale právne zakotvil a potvrdil jej postavenie⁴⁸. Zohľadnenie

⁴⁵ F. Weyr sa stavia proti pôvodnosti moci verejných korporácií podieľajúcich sa na správe aj z dôvodu, že nie je možné predpokladať, že by boli pôvodnejšie ako právny poriadok. Por. F. Weyr: *Základy filozofie právní*. Brno 1920, s. 109.

⁴⁶ Pozri bližšie F. Weyr: *Teorie práva*. Praha 1936, s. 240—241 a 279—280 a 312.

⁴⁷ Podľa F. Weyra: „...*při autonomii či samosprávě jde o tvorbu téhož normového souboru právního řádu, jako při státní správě resp. státním zákonodárství. S tohoto hlediska jeví se pak každá správa, pokud ji rozumíme tvorbu právních norem, jako státní správa a každý orgán, který jest povolán k tvorbě právních norem jako státní orgán*“. Ibidem, s. 312.

⁴⁸ Súčasné delenie foriem samosprávy, ktoré podľa nášho názoru najpresnejšie uvádza K. Klíma nám umožňuje pochopiť, že vzťah medzi právnym a politickým pojmom samosprávy, ktorý vyššie uvádzame by zodpovedal v súčasnosti snahe o správne vymedzenie územného resp. politicko-územného typu samosprávy. Porovnaj K. Klíma: *Teorie veřejné moci...*, s. 87—88.

historického vývoja posúva apriórnosť pojmu samosprávy smerom k empirickej skutočnosti, a tým aj konkrétnym právnym úpravám jej postavenia. V tomto zmysle sa už posúvame k pojmu samosprávy, ktorá je ako právny subjekt aj adresátom práv a povinností a nie len ich tvorcom.

Je nesporné, že vo vtedajšom právnom štáte panovala idea, ktorá nechápala a nemohla chápať samosprávu ako niečo primárne, pôvodné a od právneho poriadku nezávislé. Štát ako všeobecný normotvorca, držal v rukách nástroje na obmedzenie zúženie alebo úplné zničenie sféry možností konania, ale tiež aj samotnej právnej existencie samosprávy a jej právnej subjektivity vo vzťahu k výkonu verejnej správy. Zaujímavý uhol pohľadu na celú problematiku poskytuje názor Otakara Klapku, ktorý dával do súvislosti pojmovú neobmedzenosť právneho štátu smerom k samospráve a skutočnosť, ktorú prezentoval ako uvedomenie si historického faktu, že niektoré samosprávne jednotky tu existovali už od nepamäti⁴⁹. O. Klapka nás v podstate upozorňuje na to, že spoločnosť resp. spoločenstvo vykonávalo správu vždy, no štát až od určitého obdobia. Trvalá neobmedzenosť štátu vo vzťahu k samospráve je preto skôr teoretická a platná len pre určité obdobie štátnej existencie a nie induktívna, získaná na základe historickej podmienenosti a nevyhnutnosti. Napriek tomu však nesmieme zabúdať ani na slová Jiřího Pražáka, ktorý tvrdil, že záujmy ľudskej spoločnosti a štátu nie sú odlišné, a preto tak štátna správa, ako aj samospráva vykonávajú verejnoprávne úlohy spojené v štátnom zväzku⁵⁰.

⁴⁹ O. Klapka: *Samospráva a župní zřízení*. Praha 1923, s. 10.

⁵⁰ J. Pražák: *O pojme a povahe samosprávy*. Praha 1899, s. 20.

Štefan Siskovič

Dva spojrzenia na koncepcję samorządu

Słowa kluczowe: samorząd terytorialny, prawo administracyjne, Pierwsza Republika Czesko-słowacka

Streszczenie: W okresie Pierwszej Republiki Czechosłowackiej, głównie pod wpływem teorii normatywnej, wielu jurystów zaczęło zwracać uwagę na gałęzie prawa publicznego. Prawo administracyjne i samorząd nie były wyjątkami. Dyskusja o samorządzie koncentrowała się głównie na kwestii jego funkcji w społeczeństwie. Z jednej strony mamy do czynienia z polityczną koncepcją samorządu, a z drugiej z prawną koncepcją samorządu. Polityczna koncepcja samorządu oparta była na historycznej oryginalności władz lokalnych i na idei, że samorząd to zbiorowa wersja jednostki, której przysługują prawa naturalne. Teoria prawnej koncepcji samorządu opierała się na fakcie, że pomimo historycznej oryginalności gmin, państwo jest jedynym suwerenem na swoim terytorium. Władze gminy podlegają zatem wyłącznie władzy, a jej kompetencje są delegowane przez państwo. Samorząd to zatem organizacja zbiorowa stworzona przez państwo.

Two views on the concept of self-government

Keywords: self-government, administrative law, First Czechoslovak Republic

Summary: In the first of Czechoslovak republic, mainly under the influence of the normative theory, started many legal researchers to pay attention to public law branches. Administrative law and self-government were not the exceptions. The discussion about self-government was focused mainly on the issue of its function in society. On the one hand, we are confronted with a political concept of self-government, and on the other hand, with a legal concept of self-government. The political concept of self-government was based on the historic originality of local authorities and on the idea that self-government is a collective version individual that has natural rights. The theory of legal concept of self-government was based on the fact that, despite the historic originality of the municipalities, the State is the only sovereign on its territory. The municipality is therefore only subject of its power and its competence is being delegated by the state. Self-government is therefore a collective organization created by state.

KAMIL NIEWIŃSKI
Białystok

Problem zastępstwa procesowego Skarbu Państwa w pierwszej dekadzie Polski Ludowej

Krótki zarys dziejów zastępstwa procesowego Skarbu Państwa do 1939 r.

Po raz pierwszy w Polsce do zinstytucjonalizowania zastępstwa prawnego interesów majątkowych Państwa doszło w połowie XVI w. Powoływane były urzędy instygatorów — koronnego i litewskiego oraz instygatorów ziemskich. Pełnili oni dwojaką funkcję — adwokatów i prokuratorów. Instygatorzy występowali w imieniu Króla w procesach cywilnych, jako obrońcy interesu Skarbu Państwa, oraz w sprawach karnych, gdzie pełnili rolę oskarżyciela publicznego¹.

W XIX w. na obszarze Polski, znajdującej się pod zaborami, tworzone były wyspecjalizowane organy zajmujące się obsługą prawną interesów Skarbu Państwa². Na mocy postanowienia cara (króla polskiego) Aleksandra I z 1816 r.

¹ B. Sitek: *Historia ochrony prawnych interesów Skarbu Państwa w Polsce*. „Journal of Modern Science” 2015, Vol. 3 (26), s. 169; A. Bereza: *Rys historyczny profesjonalnego świadczenia pomocy prawnej w Polsce*. W: *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*. Red. A. Bereza. Warszawa 2011, s. 17; P. Dąbek: *Prokuratoria Generalna dawniej i dziś*. W: „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009, nr 809, s. 105; W. Graliński: *Tradycja i postęp w instytucji Prokuraturii Generalnej RP*. „Teki Komisji Prawniczej” 2008, T. 1, s. 54—55; T. Stręk: *Krótki zarys historyczny modelu i regulacji prawnej obsługi prawnej*. „Radca Prawny” 1995, nr 5, s. 49.

² B. Sitek: *Historia ochrony...*, s. 170—171; W. Graliński: *Tradycja...*, s. 55—58; P. Dąbek: *Prokuratoria Generalna dawniej...*, s. 105—106; M. Kallas, M. Krzymkowski:

w Królestwie Polskim (tzw. Kongresowym — zabór rosyjski) utworzona została Prokuratoria Generalna³. W jej skład wchodził: prokurator generalny prezydujący, sekretarz generalny i 8 radców. Zadaniem Prokuratorii Królestwa Polskiego było dochodzenie w postępowaniach przed sądami i ochrona prawna własności publicznej. Działała ona na zlecenie właściwych komisji rządowych. Występowała głównie w sporach dotyczących gruntów publicznych, dochodów, majątków korony i rządowych, funduszy edukacyjnych, dóbr i funduszy duchowieństwa, miast, gmin wiejskich, zgromadzeń miłosierdzia, szpitali, wszelkich korporacji i instytucji publicznych, prowadziła również sprawy spadków bezdziedzicznych i wakujących⁴. Działała ona do 1915 r., a więc do czasu, gdy Królestwo Polskie znalazło się pod okupacją sojuszu Państw Centralnych — Niemiec i Austro-Węgier. Podkreślić należy, iż Prokuratoria Generalna Królestwa Polskiego miała wyjątkowo polski charakter. Była nazywana „ostatnią mohikanką polskości urzędowej”⁵. Obok adwokatury była w okresie zaborów przyczółkiem rozwoju polskiego prawnictwa⁶.

Na terenie Galicji, znajdującej się pod zaborem austriackim, w 1850 r. utworzona została Prokuratoria Skarbu z siedzibą we Lwowie. Sześć lat później odrębną Prokuratorię powołano w Krakowie, została ona przekształcona w lwowską ekspozyturę (w 1867 r.). Instytucja ta głównie zajmowała się sprawami dotyczącymi nieruchomości (zakładanie ksiąg gruntowych, postępowania dotyczące wykazów hipotecznych, sprawy najmu budynków i lokali, nabycia lub wywłaszczenia nieruchomości na cele publiczne). Znaczna liczba spraw dotyczyła również dochodzenia wierzytelności Skarbu Państwa i instytucji publicznych. Austro-Węgierska Prokuratoria Skarbu funkcjonowała na obszarze Galicji do 1919 r.⁷. Wówczas jej obowiązki przejęła Prokuratoria General-

Historia ustroju i prawa w Polsce 1772/1795—1918. Wybór źródeł. Warszawa 2006, s. 129—130; A. Korobowicz, W. Witkowski: *Historia ustroju i prawa polskiego (1772—1918)*. Kraków 2002, s. 144.

³ M. Wąsowicz: *Prokuratoria Generalna Królestwa Polskiego w latach 1816—1866/1867*. [Niepublikowana rozprawa doktorska. Uniwersytet Warszawski]. Warszawa 1978; K. Buczyński, P. Sosnowski: *Prokuratoria Generalna — 200 lat tradycji ochrony dobra publicznego*. Warszawa 2016, s. 13—66.

⁴ *System prawa finansowego*. T. 1: *Teoria i nauka prawa finansowego*. Red. W. Witkowski, C. Kosikowski. Warszawa 2010, s. 122; M. Wąsowicz: *Prokuratoria Generalna Królestwa Polskiego w latach 1816—1866/1867*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1979, T. 31, z. 2, s. 118—120.

⁵ J.J. Litauer: *Z powodu stulecia Prokuratorii Generalnej Królestwa Polskiego. Nieurzędywniony projekt jej zniesienia (1831)*. „Kwartalnik Prawa Cywilnego i Handlowego” 1916, z. 4, s. 657.

⁶ B. Sałaciński: *Prokuratoria Generalna RP (1919—1939)*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 10, s. 134.

⁷ K. Buczyński, P. Sosnowski: *Prokuratoria Generalna — 200 lat...*, s. 69—109; M. Tkaczuk: *Galiczyjska Prokuratoria Skarbu we Lwowie i jej Ekspozytura w Krakowie*. „In Gremio” 2007, nr 7—8, s. 47—48.

na RP⁸, powołana do ochrony interesów majątkowych odbudowywanego, niepodległego państwa polskiego. Galicyjska Prokuratoria Skarbu i jej krakowska ekspozytura zostały przekształcone w pierwsze oddziały zamiejscowe Prokuratorii Generalnej RP⁹.

Prokuratoria Generalna RP została powołana na mocy dekretu Tymczasowego Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r.¹⁰. Niespełna pół roku później (31 lipca 1919 r.) Sejm Ustawodawczy przyjął ustawę w przedmiocie utworzenia Prokuratorji Generalnej RP¹¹, która stanowiła prawne potwierdzenie wcześniejszego aktu Naczelnika Państwa, zmieniając jego postanowienia w niewielkim stopniu. Od 1925 r. Prokuratoria działała na podstawie rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 9 grudnia 1924 r.¹². Na mocy jego przepisów Prokuratoria Generalna została podporządkowana bezpośrednio Ministrowi Skarbu, wcześniej zwierzchnictwo sprawował Prezes Rady Ministrów. Podległość miała jednak charakter kadrowy (bezpośrednia odpowiedzialność Prezesa Prokuratorji) i organizacyjny. Prokuratoria pozostawała organem niezależnym merytorycznie, z wyjątkiem spraw szczególnej wagi, w których miały ją wiązać wytyczne rządowe.

W skład Prokuratorji Generalnej RP wchodził: prezes¹³, wiceprezes, odpowiednia ilość radców i innych urzędników koncepcyjnych i kancelaryjnych. Urzędnicy koncepcyowi, zwani po zmianach z 1924 r. referendarskimi, tj. radcowie, referenci i asesorowie, musieli ukończyć uniwersyteckie prawnicze studia wyższe, zdać wszystkie egzaminy prawnicze i wykazać się odbytą jednoroczną aplikacją sądową. Nowo zatrudniane osoby musiały przejść w Prokuratorji także dwuletnią aplikację, mającą charakter służby przygotowawczej, podczas której aplikanci mogli wykonywać obowiązki urzędnika koncepcyjnego¹⁴. Ponadto wspomnieć należy, iż radcowie Prokuratorji mogli bez aplikacji przystąpić do egzaminu adwokackiego i ubiegać się o dostęp do Palestry. Większość

⁸ Ibidem, s. 113—154.

⁹ Później utworzone zostały również Oddziały Prokuratorji Generalnej w Poznaniu (1920 r.), Katowicach i Wilnie (po przekształceniu delegatur w 1930 r.) oraz jej Delegatura w Gdańsku (1922 r.). B. Sałaciński: *Prokuratoria...*, s. 136.

¹⁰ Dz.Pr., nr 14, poz. 181.

¹¹ Dz.U., nr 65, poz. 390.

¹² Dz.U., nr 107, poz. 967. Szczegółowe zasady organizacji i trybu pracy Prokuratorji Generalnej RP określały uchwały Rady Ministrów wydane na podstawie ustawy z 1919 r., tj. uchwała z dnia 28.08.1919 r. w przedmiocie ustroju i czynności Prokuratorji Generalnej (Dz.U. nr 75, poz. 433) oraz uchwała z dnia 17.06.1920 r. w przedmiocie ustroju i czynności Oddziałów Prokuratorji Generalnej RP (Dz.U., nr 73, poz. 502).

¹³ Funkcję tę przez cały okres międzywojnia pełnił wybitny prawnik, adwokat dr Stanisław Bukowiecki. Zob. A. Danek: *Bukowiecki Stanisław*. „Przegląd Geopolityczny” 2013, T. 6, s. 115—117.

¹⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z 6.11.1922 r. w przedmiocie aplikacji (służby przygotowawczej) urzędników koncepcyjnych Prokuratorji Generalnej RP (Dz.U., nr 101, poz. 918).

zatrudnionych urzędników koncepcyjnych Prokuraturii było adwokatami lub łączyło pracę w charakterze radcy z pracą naukową¹⁵.

Zadania Prokuraturii obejmowały zastępstwo procesowe w obronie praw i interesów majątkowych (występowanie w imieniu Skarbu Państwa), a także praw i interesów publicznych samego Państwa (reprezentowanie Rzeczypospolitej Polskiej, na przykład w sporach z państwami obcymi), wydawanie opinii i udzielanie porad prawnych na żądanie władz, współdziałanie przy zawieraniu umów i sporządzaniu dokumentów prawnych w sprawach majątkowych. Miała ona prowadzić szeroko pojętą obsługę prawną organów władzy, administracji, państwowych jednostek gospodarczych oraz fundacji¹⁶. Prokuratoria była także powołana do 1925 r. do reprezentowania Kościoła katolickiego i innych Kościołów i wyznań religijnych oraz instytucji kościelnych w postępowaniach sądowych, których przedmiotem były majątki i beneficja kościelne. Z usług Prokuraturii Generalnej nie korzystały z reguły jednostki samorządu terytorialnego i zawodowego. Wiele przedsiębiorstw państwowych zatrudniało również własnych radców prawnych lub korzystało z usług adwokatów¹⁷.

Prokuratoria Generalna w okresie międzywojnia „zastępowała ze znakomitej jakości ochrony prawnej sprawowanej przez najwybitniejszych wówczas praktyków i przedstawicieli nauki”¹⁸. Za taką opinią przemawiają dane ze sprawozdań z działalności procesowej Prokuraturii Generalnej RP z lat 1928—1937, z których wynika, iż był to organ niezwykle skuteczny¹⁹.

Prokuratoria została zlikwidowana przez niemieckie władze okupacyjne i nie funkcjonowała praktycznie przez cały okres drugiej wojny światowej, aż do 1944 r.

Prokuratoria Generalna RP w latach 1944—1951

W 1944 r. władzę w wyzwalanym przez Armię Czerwoną kraju zaczęła przejmować Polska Partia Robotnicza (dalej: PPR). Polska wchodziła na drogę głębokich przemian ustrojowych opartych na ideologii marksistowsko-leninow-

¹⁵ J. Górski: *Wspomnienia z minionych lat*. Poznań 2002, s. 100.

¹⁶ B. Sałaciński: *Prokuratoria Generalna RP (1919—1939)*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 11, s. 150—152 oraz „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 12, s. 165—166.

¹⁷ J. Górski: *Wspomnienia...*, s. 97.

¹⁸ W. Graliński: *Tradycja...*, s. 69.

¹⁹ W latach 1928—1937 Prokuratoria wygrała w całości lub w znacznej części 109 475 procesów opiewających na łączną kwotę sporną 518 673 377 zł, przy 25 966 przegranych procesach, w których Skarb Państwa utracił łącznie 44 281 732 zł. B. Sałaciński: *Prokuratoria Generalna RP (1919—1939)*. „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 14—15, s. 203.

skiej i wzorcach stalinowskiego Kraju Rad. W pierwszych latach po drugiej wojnie światowej rywalizacja o władzę nie była jedynym priorytetowym zadaniem PPR. Równie istotna była odbudowa struktur państwowych, potencjału gospodarczego, uporządkowanie spraw obywatelskich i stosunków własnościowych. Pałace stały się problemy odtworzenia, wzmocnienia i ochrony majątku państwowego, który miał stać się dominujący w gospodarce. Dlatego nowe władze zdecydowały się zaadoptować system sądownictwa powszechnego i obsługi prawnej Skarbu Państwa okresu międzywojennego. Ustrój sądów był od początku dostosowywany do nowych warunków politycznych. Liczne nowelizacje rozporządzenia Prezydenta RP o ustroju sądów powszechnych z 1928 r.²⁰ ograniczały niezależność sądów. Inaczej było w przypadku Prokuraturii Generalnej. Funkcjonowała ona nadal na podstawie rozporządzenia Prezydenta RP z 1924 r., które przewidywały niezależność merytoryczną Prokuraturii. Była to bezprecedensowa sytuacja. Niemniej jednak zmiany nie ominęły tej instytucji.

Prokuratoria Generalna RP wznowiła działalność 4 grudnia 1944 r.²¹, a więc już w cztery miesiące po zainstalowaniu się nowych władz na wyzwolonych obszarach Lubelszczyzny. Później Urząd Główny został przeniesiony do Warszawy. Stopniowo odtwarzane i rozbudowywane były struktury terenowe Prokuraturii Generalnej. W okręgach sądów apelacyjnych powoływane były jej oddziały i zespoły delegacyjne. W 1945 r. funkcjonowały oddziały w Katowicach, Krakowie i Poznaniu oraz tworzony był Oddział w Gdańsku. Do 1949 r. utworzono jeszcze piąty Oddział we Wrocławiu oraz 4 zespoły delegacyjne w: Bydgoszczy, Kielcach, Łodzi i Rzeszowie. Szybkie powołanie i rozbudowa struktur terenowych Prokuraturii Generalnej świadczyły o istotnym znaczeniu sprawy zapewnienia profesjonalnej obsługi prawnej interesów majątkowych odbudowywanego państwa.

Problem, podobnie jak w przypadku innych instytucji ochrony prawnej, stanowiły jednak braki kadrowe. Środowisko prawnicze było jednym z głównych celów zbrodniczej polityki okupantów w okresie drugiej wojny światowej, ukierunkowanej na eksterminację inteligencji polskiej. Władze starały się ściągnąć do Prokuraturii wszystkich przedwojennych pracowników referendarskich, którzy przeżyli wojnę. W ten sposób nie były jednak w stanie wypełnić wszystkich wakatów. W 1945 r. w Urzędzie Głównym Prokuraturii i oddziałach, nie licząc kierowników, zatrudnionych było 36 pracowników referendarskich, nieobsadzonych pozostawało 18 etatów, według planu minimum, obsady

²⁰ Dz.U., nr 12, poz. 93. Tylko w latach 1944—1945 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych z 1928 r. doczekało się 5 nowelizacji. Obowiązywało do 1985 r. i w sumie w latach 1944—1985 było zmieniane 25 razy.

²¹ Pismo kierownika Resortu Gospodarki Narodowej i Finansów PKWN z dnia 4.12.1944 r., Archiwum Akt Nowych w Warszawie [dalej: AAN], 579 Biuro Prezydzialne KRN, sygn. 151, k. 15.

niezbędnej dla zapewnienia funkcjonowania Prokuratorii²². Z tych względów 20 grudnia 1946 r. wydany został Dekret o ulgowych warunkach powoływania na stanowiska referendarskie w Prokuratorii Generalnej RP²³. Aplikanci i osoby ubiegające się o przyjęcie na służbę referendarską mogły być zwalniane z obowiązków odbywania w całości lub w części aplikacji w Prokuratorii (dwuletniej służby przygotowawczej) i rocznej aplikacji sądowej oraz od obowiązku składania egzaminu referendarskiego. O zatrudnienie na stanowisku referendarskim z pominięciem powyższych warunków mógł wnioskować wyłącznie Prezes Prokuratorii Generalnej²⁴, z obowiązków zwalniał zaś Minister Skarbu.

Wiedza o reaktywowaniu Prokuratorii Generalnej nie była powszechna. Okólnikiem z 23 sierpnia 1945 r. Prezes Rady Ministrów musiał przypomnieć organom władzy i instytucjom państwowym o tym fakcie i sprawowaniu przez Prokuratorię zastępstwa prawnego²⁵.

Prokuratorię reaktywowano mimo rodowodu, gdyż sprawnie funkcjonujący, profesjonalny organ zastępstwa prawnego Skarbu Państwa był władzom szczególnie niezbędny. Powojenna rzeczywistość rodziła bowiem liczne trudne i niezwykle istotne sprawy. Prokuratoria zajmowała się głównie zastępstwem w sprawach przywrócenia utraconego w wyniku wojny mienia nieruchomości i ruchomego²⁶, przejmowania mienia konfiskowanego osobom skazanym przez sądy wojskowe, regulacji stanu prawnego mienia opuszczonego i majątku pozostałego w związku z realizacją umów repatriacyjnych²⁷. Na mocy przepisów dekretu z 18 lipca 1945 r.²⁸ rozszerzono kompetencje Prokuratorii, przyznając

²² Notatka z 16.05.1945 r. o organizacji Prokuratorii Generalnej RP. AAN 679 Prokuratoria Generalna RP, sygn. 2, k. 4—6.

²³ Dz.U. 1947, nr 2, poz. 5.

²⁴ Prezesem Prokuratorii Generalnej RP był Jerzy Polamin.

²⁵ Z. Warman: *W sprawie zastępstwa sądowego przez Prokuratorię Generalną R.P.* „Państwo i Prawo” 1946, z. 5—6, s. 98.

²⁶ Zastępstwo sądowe okręgowych urzędów likwidacyjnych oraz władz, urzędów, przedsiębiorstw i instytucji państwowych w postępowaniach o przywrócenie posiadania majątków opuszczonych poruczone zostało Prokuratorii na mocy art. 21 ust. 2 Dekretu z 8.03.1946 r. o majątkach opuszczonych i poniemieckich (Dz.U., nr 13, poz. 87).

²⁷ Zob. Notatki z 16.05.1945 r. i z 6.11.1947 r. o Prokuratorii Generalnej RP oraz dwie nietytułowane notatki z 1949 r. o historii i działalności tej instytucji, a także referat Prezesa Prokuratorii wygłoszony 20.09.1950 r. na posiedzeniu Kolegium Ministerstwa Finansów, AAN, 679 Prokuratoria Generalna RP, sygn. 2, k. 1—3, 7—11, 42—44 i 56—104. Zob. też K. Buczyński, P. Sosnowski: *Prokuratoria Generalna — 200 lat...*, s. 164—165; M. Tkaczuk: *Sprawy majątków opuszczonych i porzuconych (poniemieckich) w praktyce prawnej Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1945—1949 jako przykład zaangażowania państwa w regulację sfery wolności*. W: *Prawne aspekty wolności. Zbiór studiów*. Red. E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz. Toruń 2008, s. 273—286; M. Tkaczuk: *Sprawy repatriacyjno-ewakuacyjne w praktyce prawnej Prokuratorii Generalnej w pierwszych latach po II wojnie światowej*. „In Gremio” 2008, nr 9—10, s. 34.

²⁸ Kodeks postępowania niespornego (Dz.U., nr 27, poz. 169).

jej prawo występowania w sądowym postępowaniu niespornym na prawach uczestnika, a nie jego zastępcy (np. sprawy spadkowe²⁹, uznania za zmarłego oraz odtwarzania zaginionych dokumentów i ustalania treści akt stanu cywilnego³⁰). Ponadto władze korzystały z doświadczenia pracowników referendarских Prokuraturii, zwracając się o opinie w konkretnych i ogólnych sprawach. Prokuratoria uczestniczyła także w procesach prawodawczych, między innymi przy unifikacji prawa cywilnego. Odgrywała więc istotną rolę w pierwszych latach powojennych, odnajdywała się w nowej rzeczywistości. Organ ten aktywnie uczestniczył również w przeprowadzeniu reformy rolnej, nacjonalizacji przemysłu, wspierał wdrażanie nowego ustroju państwowego i modelu gospodarki centralnie sterowanej, zwanej uspołecznioną³¹. Paradoksalnie nowe rozwiązania ustrojowe miały stać się jednak przyczyną ostatecznej likwidacji Prokuraturii.

Model gospodarki centralnie sterowanej charakteryzował się zastąpieniem mechanizmów wolnorynkowych ekonomiczną polityką planistyczną władz³² i systemem nakazowo-rozdzielczego zarządzania gospodarką³³. Rząd przejął kontrolę nad bankami, a za ich pośrednictwem nad polityką pieniężną i kredytową³⁴, a także nad najważniejszymi gałęziami gospodarki, dużymi i średnimi przedsiębiorstwami³⁵. Władze tworzyły również nowe przedsiębiorstwa państwowe. Stopniowo przejmowano też kontrolę nad sferami usług i handlu³⁶.

²⁹ Dekret z dnia 8.11.1946 r. o postępowaniu spadkowym (Dz.U., nr 63, poz. 346).

³⁰ Zob. dekret z dnia 22.10.1947 r. o ustalaniu treści sporządzonych za granicą aktów stanu cywilnego (metryk) obywateli polskich (Dz.U., nr 65, poz. 392).

³¹ M. Bałtowski: *Gospodarka socjalistyczna w Polsce. Geneza — rozwój — upadek*. Warszawa 2009, s. 121—167; A. Jezierski, B. Petz: *Historia gospodarcza Polski Ludowej 1944—1985*. Warszawa 1988, s. 33—71, 84—99 i 148—177; J. Kaliński: *Historia gospodarcza Polski Ludowej*. Białystok 2005, s. 9—27.

³² C. Bobrowski: *Planowanie gospodarcze*. Warszawa 1981; A.K. Koźmiński: *Po wielkim szoku*. Warszawa 1982, s. 48—65.

³³ *Instytucje prawne w gospodarce narodowej*. Red. L. Bar. Wrocław 1981, s. 13—18.

³⁴ Dekret z dnia 15.01.1945 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U., nr 4, poz. 14) oraz trzy dekrety z dnia 25.10.1948 r.: o zasadach i trybie likwidacji niektórych przedsiębiorstw bankowych (Dz.U., nr 52, poz. 410); o zasadach i trybie likwidacji niektórych instytucji kredytu długoterminowego (Dz.U., nr 52, poz. 411); o reformie bankowej (Dz.U., nr 52, poz. 412).

³⁵ Czyniono to na podstawie ustawy z dnia 3.01.1946 r. o przejęciu na własność Państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej (Dz.U., nr 3, poz. 17).

³⁶ Wdrażany od czerwca 1947 r. program tzw. bitwy o handel przewidywał reformę spółdzielczości, surową regulację cen i zysków, koncesjonowanie, a nawet represjonowanie prywatnych przedsiębiorców działających w handlu przy wykorzystaniu Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym. Od 1951 r. wprowadzono również duże obciążenia fiskalne. Doprowadziło to do upadku większości prywatnych przedsiębiorców i przejęcia przez państwo kontroli również nad tą sferą aktywności gospodarczej. Zob. A.L. Sowa: *Wielka historia Polski. Od drugiej do trzeciej Rzeczypospolitej (1945—2001)*. T. 10. Kraków 2001, s. 59—60; P. Fiedorczyk: *Komisja Specjalna do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym 1945—1954: studium historycznoprawne*. Białystok 2002, s. 122—128 i 262—268;

Mienie komunalne przeszło do dyspozycji rad narodowych, podległych władzom centralnym.

Pod koniec pierwszego etapu wdrażania nowego modelu gospodarczego (w 1949 r.³⁷) sektor gospodarki uspołecznionej wytwarzał 66% dochodu narodowego³⁸. Do końca 1948 r. na własność Państwa przeszło około 6 tysięcy przedsiębiorstw. W latach 1946—1949 w zakładach państwowych zatrudnionych było od 84% do 89% wszystkich pracujących w przemyśle³⁹. Proces upaństwowiania gospodarki był kontynuowany w pierwszej połowie lat pięćdziesiątych, w okresie realizacji drugiego planu gospodarczego, zwanego sześciolatnim⁴⁰. Plan nastawiony był na industrializację kraju, przewidywał likwidację pozostałości własności prywatnej w miastach i kolektywizację rolnictwa⁴¹.

Fakt wprowadzenia gospodarki centralnie sterowanej nie czynił jednak tego modelu harmonijnym. Był on ułomny pod wieloma względami, głównie z powodu przedkładania racji polityczno-ideologicznych ponad racjonalnym, ekonomicznym i gospodarskim zarządzaniem⁴². System rodził też wiele wad w dziedzinie prawno-organizacyjnej. Do kolosalnych rozmiarów urósł aparat biurokratyczny partyjny i państwowy. W rządzie dokonywano rozbicia resortów gospodarczych. Powoływane były ministerstwa branżowe, o wąskiej specjalizacji. Apogeum rozbudowa centralnego aparatu administracji gospodarczej osiągnęła w latach 1951—1956 r., kiedy funkcjonowały 24 ministerstwa o tym charakterze⁴³. System nakazowo-rozdzielczy wymagał również wydawania licznych aktów normatywnych w dziedzinie gospodarczej (ustaw i dekrétów). Gospodarka była jednak zasadniczo regulowana z poziomu rządowego. Istniała mnogość regulacji, często o nieustalonej hierarchii, wydawanych niejednokrotnie bez umocowania w akcie wyższego rzędu, nierzadko niepublikowanych,

J. Kaliński: *Gospodarka w PRL*. Warszawa 2012, s. 85—87; T. Kowalik: *Spory o ustrój społeczno-gospodarczy w Polsce — lata 1944—1948*. Warszawa 2006, s. 74—78.

³⁷ Koniec realizacji pierwszego, trzyletniego planu gospodarczego przyjętego ustawą z dnia 2.07.1947 r. o Planie Odbudowy Gospodarczej (Dz.U., nr 53, poz. 285).

³⁸ J. Kaliński: *Gospodarka...*, s. 21.

³⁹ *Ibidem*, s. 14.

⁴⁰ Ustawa z dnia 21.07.1950 r. o 6-letnim planie rozwoju gospodarczego i budowy podstaw socjalizmu na lata 1950—1955 (Dz.U., nr 37, poz. 344). Zob. A.L. Sowa: *Wielka historia...*, s. 113—120.

⁴¹ M. Bałtowski: *Gospodarka...*, s. 175—184; J. Kaliński: *Historia gospodarcza...*, s. 45—56.

⁴² B. Gliński: *Zarządzanie w gospodarce socjalistycznej*. Warszawa 1985, s. 59—61.

⁴³ Były to ministerstwa: Finansów, Budownictwa Miast i Osiedli, Budownictwa Przemysłowego, Przemysłu Materiałów Budowlanych, Handlu Wewnętrznego, Handlu Zagranicznego, Przemysłu Drobnoego i Rzemiosła, Poczty i Telegrafów, Żegluga, Kolei, Transportu Drogowego i Lotniczego, Leśnictwa, Przemysłu Drzewnego i Papierniczego, Górnictwa, Przemysłu Chemicznego, Energetyki, Hutnictwa, Przemysłu Maszynowego, Przemysłu Motoryzacyjnego, Rolnictwa, Przemysłu Rolnego i Spożywczego, Państwowych Gospodarstw Rolnych, Przemysłu Mięsnego i Mleczarskiego, Skupu.

niedostępnych powszechnie (rozporządzenia i uchwały, zarządzenia, okólniki i pisma okólne, instrukcje, wytyczne, decyzje, zalecenia, dyspozycje, komunikaty, polecenia ogólne i indywidualne)⁴⁴. Wyodrębnienie wielu resortów dla poszczególnych dziedzin gospodarki oraz brak dostatecznej koordynacji działań na szczeblu partyjno-rządowym sprawiał, iż z centrali wypływało wiele niespójnych lub wprost sprzecznych dyrektyw. Na problemy te wskazywało kierownictwo Zrzeszenia Prawników Polskich. W tezach do referatu na IV Krajowy Zjazd Zrzeszenia w 1955 r. czytamy: „Pracownicy zatrudnieni w terenowych jednostkach administracji gospodarczej i pracownicy przedsiębiorstw podnoszą często zarzuty, że wydawana jest nadmierna ilość aktów normatywnych i że przepisy te nie są jasne i skoordynowane. [...] Przy bieżącej akcji normatywnej zdarza się niejednokrotnie, że wydawanych jest szereg aktów, dotyczących tych samych w zasadzie zagadnień i regulujących je w podobny sposób, ale różnie sformułowanych. Wiele aktów niższego rzędu podlega częstej nowelizacji, przez co [...] stają się trudno dostępne i niezrozumiałe. Zdarzają się także przypadki, że podczas gdy sam podstawowy akt normatywny w większości swych przepisów przestaje być aktualny, obowiązuje jednak w dalszym ciągu wielka ilość przepisów wydanych na jego podstawie”⁴⁵. Narastał chaos normatywny i decyzyjny⁴⁶. Pojawiały się problemy natury zarządczej i prawnej. Partykularne interesy były niejednokrotnie przedkładane ponad cele rozwoju i działalności dla dobra wspólnego. Na tym tle rodziły się spory między jednostkami gospodarki społecznej (dalej: j.g.u.)⁴⁷. Władze musiały więc zapewnić:

⁴⁴ *Instytucje prawne w gospodarce...*, s. 18—36 i 79—84; K. Korzan: *Arbitraż i postępowanie arbitrażowe*. Warszawa 1980, s. 21—27.

⁴⁵ *Rola prawnika w gospodarce społecznej (Tezy do referatu na IV Krajowy Zjazd Delegatów Zrzeszenia Prawników Polskich)*. „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” [dalej: PUG] 1955, nr 12, s. 433—435.

⁴⁶ J. Mayzel: *Rola prawnika w gospodarce społecznej (z materiałów IV Zjazdu Delegatów Zrzeszenia Prawników Polskich)*. PUG 1956, nr 2, s. 41—46.

⁴⁷ Pojęcie j.g.u. nie było jednolicie definiowane prawnie. Krąg zaliczanych do j.g.u. podmiotów był zawężany lub rozszerzany w zależności od potrzeb. W art. 2 ust. 1 Dekretu z dnia 5.08.1949 r. o państwowym arbitrażu gospodarczym (Dz.U., nr 46, poz. 340) wśród j.g.u. wymieniane były: państwowe przedsiębiorstwa, banki, zakłady i instytucje; przedsiębiorstwa pod zarządem państwowym; przedsiębiorstwa państwowo-spółdzielcze; centrale spółdzielczo-państwowe i spółdzielni; przedsiębiorstwa, zakłady i instytucje związków samorządu terytorialnego; spółki prawa cywilnego i handlowego, w których Skarb Państwa, przedsiębiorstwa i instytucje państwowe, samorządowe albo osoby prawa publicznego posiadały udział wynoszący 50% kapitału zakładowego. Kodeks cywilny (ustawa z dnia 23.04.1964 r. (Dz.U., nr 16, poz. 93)), w art. 33 § 1, do j.g.u. zaliczał także Skarb Państwa. Stąd też w szerszym znaczeniu do j.g.u. należały również organy władz i urzędy państwowe, w szczególności te z nich, które uczestniczyły w procesach zarządzania gospodarką narodową. Z kolei art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 1.07.1958 r. o rozliczeniach pieniężnych jednostek gospodarki społecznej (Dz.U., nr 44, poz. 215) do j.g.u. zaliczał w sposób ogólny wszystkie organizacje spółdzielcze oraz obejmował swymi postanowieniami także organizacje polityczne, zawodowe i społeczne. Ze względu na brak jednolitego określenia w prawie pojęcia j.g.u. istniał doktrynalny problem jego

- 1) sprawny system rozstrzygania sporów gospodarczych;
- 2) obsługę prawną rozbudowanego aparatu administracyjnego, przedsiębiorstw państwowych, spółdzielni i innych j.g.u.

Sprawny system rozstrzygania sporów gospodarczych dla władz był równoznaczny z potrzebą zapewnienia dyscypliny wykonywania narodowych planów gospodarczych. Dlatego spory między j.g.u. zostały wyjęte spod właściwości sądów i przekazane w 1949 r. pod jurysdykcję Państwowego Arbitrażu Gospodarczego (dalej: PAG)⁴⁸. Arbitraż, wbrew nazwie, nie był organem medyjnym. Posiadał kompetencje władcze, orzecznicze, do rozstrzygania sporów gospodarczych. Przy orzekaniu miał kierować się nie tylko prawem, ale brać również pod uwagę wytyczne planów gospodarczych. Głównym celem działalności orzeczniczej Arbitrażu było usuwanie „zakłóceń (zahamowań), jakie w związku z powstaniem konfliktu wystąpiły w procesie działalności gospodarczej, inaczej mówiąc — w wykonaniu planu gospodarczego”⁴⁹. PAG nie korzystał przy tym z przymiotu niezależności. Początkowo podlegał organizacyjnie Radzie Ministrów, zaś merytorycznie znajdującej się w strukturach rządu Państwowej Komisji Planowania Gospodarczego. Od 1951 r. zwierzchni nadzór nad PAG przejął Prezes Rady Ministrów, a od 1956 r. zadanie to scedowane zostało na Ministra Finansów. Arbitraż stał się strażnikiem realizacji polityczno-gospodarczych dyrektyw partyjno-rządowych. Powołanie PAG domykało proces tworzenia modelu administracyjnego zarządzania gospodarką⁵⁰.

Proces nacjonalizacji gospodarki i rozbudowa państwowego aparatu gospodarczego zaciążyła na przyszłości Prokuraturii Generalnej. Władze zmierzały w kierunku powielenia rozwiązań radzieckich, także w zakresie obsługi prawnej Skarbu Państwa. Proces ten zapoczątkował dekret o tworzeniu przedsiębiorstw państwowych z dnia 3 stycznia 1947 r.⁵¹. Ustanawiał on zasadę odpowiedzialności kierownictwa za działanie przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 12 dekretu przedsiębiorstwa wyodrębnione miały organizować obsługę prawną we własnym zakresie. Zastępstwo procesowe mieli pełnić upoważnieni do tego

zdefiniowania. K. Korzan: *Arbitraż...*, s. 108—116. Stwierdzić należy, iż co do zasady jako j.g.u. traktowano państwowe, samorządowe i spółdzielcze instytucje i podmioty, zarządzające gospodarką narodową, uczestniczące w procesach zarządzania lub prowadzące działalność gospodarczą i uczestniczące w realizacji planów rządowych.

⁴⁸ Dekret z dnia 5.08.1949 r. o państwowym arbitrażu gospodarczym (Dz.U., nr 46, poz. 340).

⁴⁹ S. Włodyka: *Ustrój organów ochrony prawnej*. Warszawa 1968, s. 163.

⁵⁰ Zob. E. Wengerek: *Formy i metody oddziaływania państwowego arbitrażu gospodarczego i organów wymiaru sprawiedliwości na zarządzanie gospodarką*. „Nowe Prawo” 1975, nr 7—8, s. 1010—1017; M. Tyczka: *Arbitraż i postępowanie arbitrażowe*. Warszawa 1985, s. 11—13, 22—24 i 38—43; S. Włodyka: *Arbitraż gospodarczy*. Warszawa 1985, s. 17—53; T. Mróz: *O państwowym arbitrażu gospodarczym i jego funkcjach w PRL*. „Miscellanea Historico-Iuridica” 2005, T. 3, s. 101—114.

⁵¹ Dz.U., nr 8, poz. 42.

pracownicy, najczęściej jego radcowie prawni. Przepis art. 12 przewidywał jednak możliwość dalszego pełnienia zastępstwa procesowego przez Prokuratorów w odniesieniu do niektórych lub wszystkich spraw przedsiębiorstw wyodrębnionych. Wymagało to jednak zlecenia w drodze zarządzenia, wydawanego przez właściwego ministra, w porozumieniu z Ministrem Skarbu.

Nieodosobnione były przypadki wydawania przez kierownictwa resortów zleceń ogólnych. Ministerstwa Zdrowia, Odbudowy, Komunikacji, Obrony Narodowej oraz Kultury i Sztuki powierzyły Prokuratorii zastępstwo we wszystkich sprawach sądowych, także w zakresie spraw podległych im jednostek. Kierownictwo Prokuratorii liczyło na przywrócenie monopolu tej instytucji w zakresie zastępstwa sądowego, mimo iż wskazywało jednocześnie na wciąż istniejący problem braków kadrowych. Przede wszystkim postulowało skupienie w rękach Prokuratorii zastępstwa procesowego przedsiębiorstw podległych Ministerstwu Przemysłu i Handlu (dalej: MPiH), które nadzorowało większość przedsiębiorstw państwowych⁵².

Nie jest jasne, czy postulat Prokuratorii był wynikiem oddolnych inicjatyw płynących z przedsiębiorstw podległych MPiH, czy też sama Prokuratoria była inicjatorką tej koncepcji i zachęcała kierownictwa przedsiębiorstw do wsparcia tego postulatu. Jednak faktem jest, iż w 1949 r. do MPiH trafiały liczne wnioski centralnych zarządów o powierzenie Prokuratorii Generalnej zastępstwa procesowego podległych przedsiębiorstw⁵³. Wnioskodawcy argumentowali — za kierownictwem Prokuratorii — iż model scentralizowany zastępstwa sądowego jej powierzonego zapewniał jednolitość działania i oszczędności. Samo kierownictwo Prokuratorii wskazywało jednak, iż przejęcie zastępstwa procesowego we wszystkich sprawach przedsiębiorstw podległych MPiH wymagało tworzenia nowych oddziałów i delegatur Prokuratorii w miejscowościach, gdzie istniały skupiska przedsiębiorstw (m.in. w Gliwicach, Ostrowcu Świętokrzyskim, Stalowej Woli, Szczecinie, Tomaszowie Mazowieckim czy Wałbrzychu) oraz zapewnienia kadry referendarskiej i pomocy administracyjnej tworzonemu jednostkom⁵⁴.

Postulat Prokuratorii Generalnej i wnioski centralnych zarządów spotkały się z negatywną opinią Biura Prawnego MPiH, ze względu na ich sprzeczność z ogólnym kierunkiem reform zmierzającym do zwiększania odpowiedzial-

⁵² Zob. Pismo Prezesa Prokuratorii Generalnej RP z 11.09.1948 r. do Ministerstwa Skarbu, AAN, 195 MPiH, sygn. 4405, [brak numeracji porządkowej kart w teczce]; Notatka z 1949 r. o historii i działalności Prokuratorii, AAN, 679 Prokuratoria Generalna RP, sygn. 2, k. 67—68.

⁵³ W teczce AAN, 195 MPiH, sygn. 4405 znajdują się wnioski Centralnego Zarządu Energetyki z 10.01.1949 r., Naczelnej Dyrekcji Powszechnych Domów Towarowych z 28.01.1949 r., Centralnego Zarządu Przemysłu Węglowego z 1.04.1949 r., czy Centrali Skór Surowych z 5.04.1949 r.

⁵⁴ Pismo Prezesa Prokuratorii Generalnej RP z 7.07.1948 r. do Biura Prawnego MPiH, AAN, 195 MPiH, sygn. 4405.

ności przedsiębiorstw za podejmowane działania i ich dyrektorów za prawidłową realizację planów i dyrektyw partyjnych i rządowych. W świetle opinii Biura Prawnego MPiH za przyjęciem zdecentralizowanego modelu obsługi prawnej j.g.u. przemawiał również fakt, iż „radcy prawni przedsiębiorstw [...] mogli komunikować się z dyrekcją i pracownikami przedsiębiorstwa każdorazowo i w sposób najprostszy i najszybszy, wyłączający potrzebę trybu biurowego i ponadto obznajomieni są z agendami przedsiębiorstwa i ze szczegółami jego wewnętrznej organizacji, posiadają więc w każdej sprawie znajomość materiału faktycznego potrzebnego do jej obrony w sądach”⁵⁵. Biuro Prawne wskazywało również na problem dwutorowości załatwiania spraw, polegający na faktycznym zaangażowaniu pracy radców prawnych przedsiębiorstwa i urzędników referendarskich Prokuraturii. Pierwsi faktycznie przygotowywali bowiem materiały, drudzy zaś, na ich podstawie, sporządzali pisma procesowe i występowali na rozprawach. W tej sytuacji — zdaniem Biura Prawnego MPiH — trudno było mówić o oszczędnym (jedynie dla przedsiębiorstwa, lecz nie dla budżetu państwa) i sprawnym załatwianiu spraw sądowych przy powierzeniu zastępstwa sądowego Prokuraturii Generalnej⁵⁶.

Zarządzeniem z 17 lutego 1949 r. Minister Przemysłu i Handlu porucił ostatecznie Prokuraturii Generalnej zastępstwo sądowe podległych mu j.g.u. w zakresie spraw o prawa rzeczowe na majątku stanowiącym własność Skarbu Państwa, a znajdującym się w zarządzie i użytkowaniu przedsiębiorstwa; spraw wszczętych przed wpisaniem przedsiębiorstwa do rejestru handlowego, a więc dotychczas prowadzonych przez Prokuratorię; spraw specjalnie ważnych lub zawiłych, których kategorie lub poszczególne z nich miały być zlecane Prokuraturii do prowadzenia na drodze dalszych zarządzeń⁵⁷.

W sierpniu 1949 r. doszło do kolejnego ograniczenia kompetencji Prokuraturii Generalnej ze względu na wyłączenie tego organu z zastępstwa j.g.u. w postępowaniach przed komisjami arbitrażowymi PAG⁵⁸. Jednocześnie wzrosła rola i znaczenie radców prawnych przedsiębiorstw, którzy praktycznie uzyskali monopol na profesjonalne zastępstwo j.g.u. przed komisjami arbitrażowymi⁵⁹.

Kierownictwo Prokuraturii zdawało sobie sprawę, iż wszystkie te zmiany zmierzały w jednym kierunku, do likwidacji Prokuraturii Generalnej i wprowa-

⁵⁵ Notatka Dyrektora Biura Prawnego MPiH Z. Rzepki dla wiceministra E. Szyra z 29.12.1948 r. AAN, 195 MPiH, sygn. 4405.

⁵⁶ Uwagi Biura Prawnego MPiH do wniosków Centralnego Zarządu Przemysłu Węglowego i Centrali Skór Surowych — pismo znak BP.XV/20/2769/2915/49/JO. AAN, 195 MPiH, sygn. 4405.

⁵⁷ Zarządzenie MPiH z dnia 17.02.1949 r., wydane w porozumieniu z Ministrem Skarbu, o sądowym zastępstwie przez Prokuratorię Generalną RP przedsiębiorstw państwowych wyodrębnionych (M.P. Nr A—15, poz. 215).

⁵⁸ Art. 25 dekretu o PAG z 1949 r.

⁵⁹ A. Bereza: *Rys historyczny...*, s. 25.

dzenia modelu zdecentralizowanej obsługi prawnej j.g.u. Dlatego starało się bronić racji swego dalszego istnienia, poddając krytyce model zdecentralizowanej obsługi⁶⁰ i unaoczniając władzom „pozytywną” rolę Prokuraturii we wdrażaniu i umacnianiu nowego ustroju. Kierownictwo podkreślało, iż „w opiniodawstwie i obronie sądowej Prokuratoria Generalna konsekwentnie przeprowadzała tezy o ustrojowym znaczeniu dekretu o reformie rolnej i ustawy o przejęciu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej, przeciwstawiając się stanowczo wszelkim próbom upatrywania w tych aktach prawa wyjątkowego. Właśnie Prokuratoria Generalna w znacznej mierze przyczyniła się do wprowadzenia do przepisów ogólnych prawa cywilnego⁶¹ [...] postanowień art. 3 i 5, mających na celu stępienie ostrza kapitalistycznego liczynek — nieuchylonych dotychczas — przedwojennych norm cywilistycznych. [...] Opinie prawne Prokuraturii Generalnej przyczyniają się do ujednoczenia zasad postępowania administracji państwowej i częstokroć stanowią namiastkę orzeczeń nieruchomości dotychczas Najwyższego Trybunału Administracyjnego. Udział Prokuraturii w sądowym postępowaniu niespornym w znacznej mierze przyczynia się do stopniowego porządkowania chaotyzowanej w czasie ubiegłej wojny i okupacji osobistej i majątkowej sytuacji obywateli. Wreszcie, prace Prokuraturii Generalnej w Komisji Prawniczej również pozytywnie należy ocenić, w pracy tej bowiem daje ona wyraz dążeniu do przepojenia nowych aktów prawodawczych duchem nowego ustroju”⁶². Ponadto, zdaniem Prezesa Prokuraturii, wysuwane przez nią „w obronach sądowych tezy ustrojowe były motorem tworzenia się orzecznictwa sądowego zgodnego z zasadami współczesnej struktury społeczno-ekonomicznej Państwa. [...] Opinie Prokuraturii w kwestiach powstałych na tle postanowień ustawy [...] o przejęciu na własność Państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej, stały się niemal fundamentem orzecznictwa Głównej Komisji ds. Upaństwowienia Przedsiębiorstw, a miały też niemały wpływ na ukształtowanie się judykatury Sądu Najwyższego w tychże kwestiach”⁶³.

Mimo tych argumentów i roli, jaką odgrywała Prokuratoria Generalna, scentralizowany model obsługi prawnej stawał się problematyczny dla władz. W szczególności jej oddziały zachowywały zbytnią niezależność od władz centralnych i terenowych, od wpływów partyjnych i rządowych, a także od kierownictw przedsiębiorstw i ich zarządów, które były odpowiedzialne w pierwszym rzędzie za realizację dyrektyw partyjno-rządowych⁶⁴. Dlatego wygodniejszy

⁶⁰ Notatka z 20.12.1949 r., AAN, 679 Prokuratoria Generalna RP, sygn. 2, k. 71—74.

⁶¹ Dekret z dnia 12 XI 1946 r. (Dz.U., nr 67, poz. 369).

⁶² Notatka z 1949 r. o historii i działalności Prokuraturii, AAN, 679 Prokuratoria Generalna RP, sygn. 2, k. 57.

⁶³ Referat Prezesa Prokuraturii..., k. 82—83.

⁶⁴ Zob. Notatka Dyrektora Biura Prawnego MPiH Z. Rzepki dla wiceministra E. Szyra z 21.08.1948 r. w sprawie zastępstwa przedsiębiorstw państwowych przez Prokuratorię Generalną, AAN, 195 MPiH, sygn. 4405, [brak numeracji porządkowej kart w teczce].

i paradoksalnie bardziej stosowny dla modelu gospodarki centralnie sterowanej był model obsługi prawnej zdecentralizowanej, wykonywanej przez radców prawnych organów, aparatu administracyjnego i przedsiębiorstw państwowych, podległych bezpośrednio, w tym merytorycznie, ich kierownictwu. Ponadto istotny był fakt, iż scentralizowanie obsługi prawnej j.g.u. w rękach Prokuraturii Generalnej zmusiłoby władze do zwiększenia etatów i środków budżetowych przeznaczonych na funkcjonowanie tej instytucji. Decentralizacja przenosiła zaś ciężar finansowania zastępstwa prawnego bezpośrednio na przedsiębiorstwa. Choć była to jedynie oszczędność pozorna, gdyż były to i tak przedsiębiorstwa państwowe. Nie bez znaczenia dla losów Prokuraturii Generalnej RP w Polsce Ludowej pozostawał również fakt, iż była to instytucja o rodowodzie kapitalistycznym, pozbawiona „ducha nowego ustroju” oraz stale powtarzany argument, iż tego typu organ nie funkcjonował w Związku Radzieckim⁶⁵.

W końcu w 1951 r. doszło do likwidacji Prokuraturii Generalnej RP. Jednocześnie nie powielono jednak modelu radzieckiego zdecentralizowanej obsługi prawnej. Ostateczna przyczyna likwidacji Prokuraturii Generalnej tkwiła w reformie terenowych organów władzy.

Urząd Zastępstwa Prawnego w latach 1951—1954

Pod koniec 1949 r. Prezes Prokuraturii Generalnej postulował znaczne zwiększenie etatów referendarskich i administracyjnych z 326 do 399. Postulat nie został jednak przez władze uwzględniony. „Liczba czynności stale rosła i katastrofalny stan Prokuraturii pogłębiał się z dnia na dzień”⁶⁶. Piętrzyły się zaległe sprawy⁶⁷. Prokuratoria nie była w stanie efektywnie wypełniać swych zadań. Niezbędna była rozbudowa struktur tego organu lub reforma systemu obsługi prawnej Skarbu Państwa. Przyjęcie drugiego z możliwych rozwiązań stanowiło naturalną konsekwencję zmian wprowadzonych Ustawą z dnia 20 marca 1950 r. o terenowych organach jednolitej władzy państwowej⁶⁸.

Rady narodowe (wojewódzkie, powiatowe, gminne, miejskie i dzielnicowe) przejęły pełnię władzy państwowej na obszarach swej właściwości miejscowej. Zniesione zostały stanowiska wojewodów, starostów, prezydentów

⁶⁵ Argument ten podnoszony był m.in. w opiniach Biura Prawnego MPiH, AAN, 195 MPiH, sygn. 4405.

⁶⁶ Referat Prezesa Prokuraturii..., k. 94.

⁶⁷ Z referatu Prezesa Polamina wynika, iż w 1949 r. Prokuratoria prowadziła ok. 51.000 spraw sądowych. Zaległości głównie zaś dotyczyły działalności pozaprocesowej — opiniodawczej, ibidem, k. 92—93.

⁶⁸ Dz.U., nr 14, poz. 130.

miast, burmistrzów i wójtów, wydziały wojewódzkie i powiatowe, zarządy miejskie i gminne oraz urzędy wojewódzkie i starostwa powiatowe. Władzę wykonawczą sprawowały od tej chwili prezydya rad narodowych. O losie Prokuraturii Generalnej zadecydowały jednak rewolucyjne zmiany wprowadzone przez art. 32 ustawy o terenowych organach jednolitej władzy państwowej. Zniesione zostały związki samorządu terytorialnego, a ich dotychczasowy majątek stał się z mocy prawa majątkiem państwa. W ten sposób „każde uprawnienie związku samorządu terytorialnego stało się uprawnieniem Państwa, a każde tego związku zobowiązanie — zobowiązaniem Państwa. Stąd też — niemal bezpośrednio po wejściu w życie ustawy — związki samorządowe różnych szczebli — działające już jako prezydya odpowiednich rad narodowych, zaczęły zwracać się na terenie całego Państwa do placówek Prokuraturii z żądaniem objęcia zastępstwa procesowego w toczących się sprawach, bądź z żądaniem wszczynania procesów, zwłaszcza w wypadkach, gdy trzeba było je spieszenie wytaczać pod groźbą prekluzji lub przedawnienia. Tu już znalazła się Prokuratura dosłownie w położeniu bez wyjścia. [...] Nie mogła [...] wziąć na swe barki sprawowania zastępstwa w rzeczonych procesach, bo — jak powierzchowne obliczenia wykazały — chodziło tu o 40—60.000 procesów”⁶⁹. Liczba spraw sądowych prowadzonych przez Prokuratorię wzrastała w ten sposób blisko dwukrotnie.

Sytuacja ta wymusiła reformę modelu scentralizowanej obsługi prawnej Skarbu Państwa. Dekretem z dnia 29 marca 1951 r. w miejsce Prokuraturii Generalnej RP powołano organy zastępstwa prawnego⁷⁰. Nie doszło do pełnej decentralizacji systemu. Faktycznie zachowano bowiem Urząd Główny Prokuraturii, który od tej pory działał pod zmienioną nazwą Urzędu Zastępstwa Prawnego (dalej: UZP)⁷¹. W ramach reformy zlikwidowano jednak terenowe oddziały i delegatury Prokuraturii Generalnej. Ich zadania przejęły utworzone przy prezdydiach wojewódzkich rad narodowych (dalej: WRN) wydziały prawne. W razie potrzeby tworzone miały być także referaty prawne prezdydiów powiatowych rad narodowych.

⁶⁹ Referat Prezesa Prokuraturii..., k. 95—96.

⁷⁰ Dz.U., nr 20, poz. 159. Szczegółowo ustrój i zasady funkcjonowania organów zastępstwa prawnego regulowały akty wykonawcze do dekretu: rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2.06.1951 r. w sprawie wymagań do zajmowania stanowisk referendarskich w organach zastępstwa prawnego (Dz.U., nr 32, poz. 248); uchwała nr 421 Rady Ministrów z dnia 2.06.1951 r. Instrukcja nr 16 w sprawie utworzenia, organizacji wewnętrznej oraz trybu funkcjonowania wydziałów i referatów prawnych prezdydiów rad narodowych (M.P. nr A—56, poz. 736); zarządzenie nr 97 Prezesa Rady Ministrów z dnia 2.06.1951 r. w sprawie przejęcia czynności b. Prokuraturii Generalnej R.P. przez organy zastępstwa prawnego (M.P. nr A—56, poz. 741) oraz zarządzenie nr 100 Prezesa Rady Ministrów z dnia 10.06.1951 r. w sprawie statutu Urzędu Zastępstwa Prawnego (M.P. nr A—56, poz. 742).

⁷¹ Dyrektorem UZP został Witold Bendetson.

Nowe organy zastępstwa prawnego przejęły zadania i kadre Prokuraturii Generalnej i jej oddziałów terenowych. Wydziały prawne zachowały również kadre radcowską obsługującą dotychczas terenowe organy władzy. UZP i wydziały prawne WRN uzyskały prawo zastępstwa sądowego władz, urzędów, instytucji państwowych i przedsiębiorstw pozostających pod zarządem państwowym. Przejęły też obsługę prawną upaństwowionego majątku byłych związków samorządu terytorialnego. Miały również wydawać opinie prawne oraz współdziałać przy tworzeniu aktów normatywnych. Wydziały prawne WRN miały ponadto badać legalność uchwał prezydiów rad narodowych niższych stopni oraz redagować dziennik urzędowy.

Organy zastępstwa prawnego podlegały merytorycznie, kadrowo i organizacyjnie Radzie Ministrów. Bezpośredni nadzór nad UZP sprawował Prezes Rady Ministrów, który:

- określał zakres działania Urzędu, jego organizację i tryb funkcjonowania,
- mianował i zwalniał jego dyrektora, wicedyrektora, rzeczników prawnych i radców do spraw zastępstwa prawnego,
- udzielał Urzędowi miarodajnych wytycznych celem ujednoczenia praktyki w zakresie zastępstwa sądowego.

Terenowe organy zastępstwa prawnego działały przy prezydiach WRN, lecz były od nich niezależne⁷². Bezpośredni nadzór nad wydziałami prawnymi powierzony został Prezydium Rady Ministrów (Zespołowi II). Uzyskało ono również prawo wydawania wytycznych ujednoczających praktykę wydziałów. Ponadto Rada Ministrów mogła zlecić organom zastępstwa prawnego udzielenie pomocy prawnej organizacjom i instytucjom społecznym oraz oznaczyć władze i urzędy niepodporządkowane radom narodowym, które w określonych sprawach mogły wykonywać zastępstwo sądowe przez własne organy. Na szczeblu rządowym określano także tryb funkcjonowania wydziałów i referatów prawnych oraz warunki jakie musiał spełnić kandydat na stanowisko referendarskie w organach zastępstwa prawnego.

Na mocy rozporządzenia Rady Ministrów w tym zakresie władze utrzymały zasady ulgowego przyjmowania osób na stanowiska referendarskie. Kandydaci nie musieli od tej pory w ogóle odbywać rocznej aplikacji sądowej, zaś z obowiązku odbycia dwuletniej aplikacji w organach zastępstwa prawnego i złożenia egzaminu referendarskiego mógł ich zwalniać Prezes Rady Ministrów. Niejednokrotnie wystarczyło więc ukończenie wyższych studiów prawnych. Bezwzględnie wymagane było jednak, podobnie jak w przypadku pozostałych zawodów prawnych, aby każdy kandydat dawał polityczną

⁷² O przyjęcie tego typu rozwiązania postulowali pracownicy Prokuraturii Generalnej RP. Zob. Memoriał z 16.01. 1951 r. Koła Związków Zawodowych Pracowników Finansowych oraz Podstawowej Organizacji Partyjnej PZPR, działających przy Urzędzie Głównym Prokuraturii Generalnej RP, skierowany do Prezydium Rady Ministrów, AAN, 679 Prokuratoria Generalna RP, sygn. 2, k. 105—113.

rękojmię należytego wykonywania obowiązków, zgodnego z zasadami praworządności ludowej. Chodziło tu po prostu o uznanie zachodzących przemian ustrojowych i wykazywanie się lojalnością wobec władz.

Reforma z 1951 r. nie była jeszcze rewolucją. Była to zmiana podyktowana przede wszystkim względami pragmatyczno-organizacyjnymi. Jej głównym celem było stworzenie terenowych organów zastępstwa prawnego w każdym województwie, które byłyby w stanie udźwignąć ciężar zastępstwa procesowego Skarbu Państwa po przejściu mienia samorządowego. Reforma miała jednak również podłoże ideologiczne, dokonano symbolicznego aktu oderwania instytucji państwowej obsługi prawnej od kapitalistycznych korzeni II RP, oraz polityczne, związane z podporządkowaniem — także merytorycznym — organów zastępstwa prawnego kierownictwu Rady Ministrów.

Fakt likwidacji Prokuratorii Generalnej i wprowadzenia w jej miejsce UZP świadczyć może jednak o tym, iż władze nie były przekonane co do słuszności rozwiązań przyjętych w związku radzieckim. Próbowano zachować centralny, profesjonalny organ zastępstwa prawnego, z jednoczesnym ograniczeniem jego swobody merytorycznej i podporządkowaniem rygorom zarządzania w gospodarce społecznej. Nowy system nie przetrwał jednak długo.

Decentralizacja obsługi prawnej jednostek gospodarki społecznej w 1954 r.

Po zaledwie trzech latach funkcjonowania UZP władze zrezygnowały zupełnie z systemu scentralizowanej obsługi prawnej, zamykając proces zmian zapoczątkowanych w 1947 r. Dekretem z dnia 2 czerwca 1954 r. o zastępstwie sądowym władz, urzędów, instytucji i przedsiębiorstw państwowych⁷³ zniesione zostały organy zastępstwa prawnego⁷⁴. Nie zdecydowano się na wydanie nowej regulacji, która w sposób jednolity regulowałaby kwestię obsługi prawnej. Doszło do jej całkowitej decentralizacji. Władze, urzędy i j.g.u. miały od tej pory samodzielnie działać przed sądem i organizować obsługę prawną wyłącznie we własnym zakresie. Nie był to istotny problem, gdyż faktycznie od początków powojennej odbudowy państwa na stanowiska radców prawnych zatrudniano

⁷³ Dz.U., nr 25, poz. 93.

⁷⁴ Dokumentacja związana z likwidacją UZP, w tym dokumenty związane z powołaniem i działalnością komisji likwidacyjnej, przekazywaniem spraw (co miało nastąpić do 30.09.1954 r.), rozdysponowaniem kadr organów zastępstwa prawnego, rozliczeniami finansowymi, uporządkowaniem archiwów oraz postępowaniem z inwentarzem biurowym będącym w użytkowaniu likwidowanego urzędu, znajdują się w: AAN, 171 UZP, sygn. 3.

w administracji i gospodarce. Pozycja radców prawnych nie była jednak jednolita. Działali oni niejednokrotnie na podstawie pragmatyk służbowych określanych przez kierownictwo zatrudniających ich jednostek, bądź na podstawie doraźnych poleceń, bez wyraźnie określonego zakresu obowiązków. Regulacje o ogólniejszym charakterze były wydawane jedynie w pionach:

1. Ministerstwa Przemysłu i Handlu — Zarządzenie nr 69 z dnia 31 grudnia 1948 r., wiązało swymi postanowieniami szeroki krąg j.g.u. i było stosowane także po likwidacji tego ministerstwa.
2. Ministerstwa Budownictwa — Instrukcja w sprawie radców prawnych z dnia 15 grudnia 1949 r.
3. Ministerstwa Budownictwa Przemysłowego — Instrukcja w sprawie zasad pracy radców prawnych, wprowadzona okólnikiem nr 2 z dnia 15 stycznia 1952 r.⁷⁵.

Na instrukcjach tych wzorowano się przy organizacji obsługi prawnej w jednostkach podległych także innym resortom. Regulowały one między innymi wymagania, jakie musiał spełniać kandydat na radcę prawnego, oraz zadania radców. Wprowadzały trzy kategorie uprawnionych do zajmowania stanowiska radcy w resorcie lub jednostkach podległych:

- adwokatów, wpisanych na listy i posiadających prawo wykonywania zawodu;
- osoby, które złożyły egzamin sędziowski lub adwokacki, niewpisane na listę adwokatów;
- osoby, które ukończyły studia prawnicze i wykazywały się dostateczną znajomością obowiązującego prawa nabytą w ciągu co najmniej 3-letniej pracy na stanowisku o charakterze prawniczym we władzach naczelnych lub w j.g.u.

Zatrudnianie na stanowiska radcowskie uprawnionych z dwóch pierwszych wymienionych grup przewidywało zarządzenie Ministra Przemysłu i Handlu z 1948 r.⁷⁶ Trzecią grupę uprawnioną wprowadzała instrukcja wydana przez Ministra Budownictwa Przemysłowego z 1952 r.⁷⁷. Nie była to innowacja, lecz

⁷⁵ AAN, 558 Ministerstwo Budownictwa Przemysłowego, sygn. 58, [brak numeracji porządkowej kart w teczce]; zob. też T. Jackowski: *O zasadach pracy radców prawnych*. PUG 1952, nr 9, s. 326—329.

⁷⁶ Wpływ na przyznanie wyłącznie osobom o kwalifikacjach adwokackich prawa wykonywania zawodu radcy prawnego w instrukcji MPiH z 1948 r. miały ówczesne postulaty w tym zakresie. Biuro Prawne Centralnego Zarządu Przemysłu Hutniczego w memoriale skierowanym do MPiH postulowało zatrudnianie na umowę o pracę, bez sztynnego określania ram czasowych pracy w zakładzie, osób przygotowanych merytorycznie do realizacji zadań doradztwa prawnego i zastępstwa procesowego, najlepiej praktykujących adwokatów, nie odrywając ich od korporacji adwokackiej, która miała spełniać rolę nadzorca nad etycznym postępowaniem adwokatów-radców prawnych. Zob. Projekt memoriału w sprawie sytuacji i roli radcy prawnego w przedsiębiorstwie, AAN, 195 MPiH, sygn. 4405, [brak numeracji porządkowej kart w teczce].

⁷⁷ Projekt instrukcji Ministerstwa Budownictwa z 1949 r. przewidywał zatrudnianie prawników, bez kwalifikacji adwokackich, z 5-letnim stażem pracy na stanowisku prawniczym.

uznanie praktyki zatrudniania na stanowiskach radcowskich osób z wykształceniem prawniczym i odpowiednim doświadczeniem, niezwiązanych z adwokaturą.

Do obowiązków radców prawnych zatrudnianych w pionach wspomnianych resortów gospodarczych należało między innymi: zastępowanie zatrudniającej go jednostki, w granicach otrzymanego pełnomocnictwa, przed sądami powszechnymi w sprawach niezastrzeżonych do właściwości funkcjonujących jeszcze wówczas organów zastępstwa prawnego oraz przed sądami szczególnymi i innymi organami sądzącymi, w tym komisjami arbitrażowymi, a także wobec władz i urzędów; opieka (dozór) nad toczącymi się sprawami sądowymi i arbitrażowymi nieprowadzonymi bezpośrednio przez radcę; udzielanie opinii prawnych; współudział w opracowywaniu lub opiniowanie zarządzeń, okólników i instrukcji (dotyczyło przede wszystkim radców zarządów centralnych) oraz regulaminów i innych wewnętrznych norm prawnych jednostki; współudział w opiniowaniu projektów aktów prawnych nadesłanych w tym celu do jednostki; opracowywanie wniosków sygnalizujących władzom zwierzchnim istnienie przepisów sprzecznych, niejasnych lub trudnych do zastosowania; prowadzenie akcji popularyzacji prawa i troski o jego poszanowanie w jednostce; informowanie o zmianach w przepisach obowiązujących lub o przyjętych nowych regulacjach dotyczących działalności jednostki; opracowywanie lub opiniowanie pod względem prawnym nietypowych umów i pism, dotyczących zobowiązań zaciąganych przez przedsiębiorstwa, w szczególności w sprawach przyjmowanych i udzielanych zamówień na roboty, dostawy czy usługi; współudział przy opracowywaniu wzorców umów typowych; branie udziału na zlecenie kierownictwa przedsiębiorstwa w konferencjach i pertraktacjach prowadzonych przez zatrudniającą go jednostkę.

Interesujący i warty przytoczenia był przede wszystkim zakres podstawowych zadań radców prawnych zatrudnianych na szczeblu rządowym, o którym wspominało w opiniotwórczym miesięczniku „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”, ściśle powiązany z PAG. Obsługa prawna ministerstw i podległych im centralnych zarządów obejmowała, jak wylicza autor jednego z artykułów, przede wszystkim:

- „— informowanie kierownictwa jednostki [...] o wydawanych nowych przepisach;
- współdziałanie przy opracowywaniu wykładni przepisów prawa;
- opracowywanie bądź współpraca przy przygotowywaniu projektów aktów prawnych;
- udzielanie opinii prawnych w zawiłych kwestiach;

Brak w dokumentach tekstu instrukcji podpisanej przez ministra (niepublikowana) nie pozwala jednak stwierdzić, czy przepis ten nie został usunięty z ostatecznej jej wersji. Projekt instrukcji w sprawie radców, AAN, 561 Ministerstwo Budownictwa, sygn. 5, k. 20—26.

- wskazywanie służebnej roli prawa w stosunku do zadań resortu;
- uwypuklanie, które z obowiązujących przepisów mogą stanowić dogodny instrument w realizowaniu resortowego planu;
- zwracanie uwagi na potrzebę zmiany i uzupełnienia istniejących przepisów⁷⁸.

Zwraca uwagę fakt, iż władze oczekiwały od radców „prawniczej kreatywności”, swobodnego poruszania się w gąszczu przepisów i dokonywania ich wykładni zgodnie z bieżącymi potrzebami oraz zadaniami planowymi resortu. Wprost mówiono o „służebnej roli prawa” i potrzebie jego instrumentalnego traktowania. Podobnie rzecz się miała na szczeblach przedsiębiorstw. „Występowała niekiedy tendencja do żądania od radcy prawnego, by załatwił to, na czym przedsiębiorstwu aktualnie zależy — obojętne czy środkami prawnymi czy niezgodnymi z porządkiem prawnym; bywały też próby używania radców prawnych do czynności, niewątpliwie, nie mających nic wspólnego z ich funkcjami, bądź znowu zupełne ich ignorowanie jako »przeszkody« w pracy”⁷⁹. W systemie nakazowo-rozdzielczym gospodarki powszechne były opisywane tu zjawiska:

- sprowadzania radców prawnych do roli „całkowicie pozbawionego samodzielności wykonawcy instrukcji partii, instrukcji przekształcanych w ustawy, dekrety, uchwały, zarządzenia i wytyczne organów państwa”⁸⁰,
- traktowania radców jako zło konieczne i częstego ich pomijania nawet w sytuacjach, gdy udział radcy w załatwieniu sprawy był wymagany⁸¹, bądź
- uległości zależnego merytorycznie i kadrowo radcy prawnego od dyrektora przedsiębiorstwa⁸².

Z biegiem czasu zaczęto inaczej pojmować rolę radcy prawnego — jako istotne wsparcie merytoryczne władz, kierownictw administracji i jednostek gospodarki społecznej. Wzrastało znaczenie radców i świadczonych przez nich usług obsługi prawnej. Władze zaczęły oczekiwać, aby „personelowi biur prawnych były stawiane wysokie wymagania zawodowe i moralne. [...] Personel biur prawnych, a zwłaszcza personel obrończy musi cechować troską o interes Państwa i przedsiębiorstwa, inicjatywa obrończa, wiedza, doświadczenie i poczucie odpowiedzialności za powierzone sprawy. Biura Prawne z natury

⁷⁸ L.B.: *O potrzebie organizowania resortowych narad radców prawnych*. PUG 1952, nr 1, s. 30.

⁷⁹ T. Jackowski: *O zasadach...*, s. 326.

⁸⁰ *XX lat samorządu radców...*, s. 110.

⁸¹ Zob. cytowane wspomnienia mecenasów Andrzeja Sikory i Juliana Latosa. J. Barańska-Głowacka: *Z kart historii samorządu radców prawnych*. Warszawa 2012, s. 10—11; zob. też T. Szurski: *Z narady radców prawnych resortu handlu zagranicznego*. PUG 1957, nr 7, s. 265.

⁸² E. Sarnowski: *O obowiązku prawników umacniania praworządności w zakładach pracy*. PUG 1956, nr 6, s. 243.

swych funkcji należą do komórek sztabowych. Obniżanie poziomu tych funkcji musiałyby być uznane za błąd organizacyjny, tworzenie bowiem środków doradztwa i zastępstwa na niedostatecznie wysokim poziomie uznać należy za zbędny balast⁷⁸³.

Znaczenia zawodowi radcy prawnego przydał akt decentralizacji obsługi prawnej. Wciąż jednak brakowało jednolitej regulacji zasad wykonywania zawodu radcowskiego. W kolejnych aktach rządowych z lat 1954—1957⁸⁴ podjęto jedynie temat obsługi prawnej terenowych organów władzy. Prezydium WRN narzucony został obowiązek tworzenia stanowisk radców prawnych i ich zastępców (od 1954 r.). Przewidywano także możliwość zatrudniania radców do spraw zastępstwa sądowego. Stanowiska te przewidziane były z myślą o pracownikach referendarskich byłych organów zastępstwa prawnego⁸⁵. Nowe przepisy dopuszczały także możliwość tworzenia stanowisk radcowskich w prezydiach rad powiatowych, miejskich i dzielnicowych (od 1957 r.).

W instrukcji nr 36 Szef Urzędu Rady Ministrów⁸⁶ określił ponadto zakres czynności radców prawnych prezydium WRN, do których należało:

1. W zakresie obsługi prawnej:

- opiniowanie pod względem prawnym i redakcyjnym projektów uchwał i zarządzeń (wytycznych, instrukcji) prezydium WRN oraz projektów uchwał kierowanych przez prezydium pod obrady WRN,
- opiniowanie pod względem prawnym projektów aktów normatywnych nadsyłanych do prezydium WRN w celu uzgodnienia,
- sprawdzanie przy opiniowaniu projektów uchwał i zarządzeń, czy fachowe jednostki organizacyjne (wydział finansowy, wojewódzka komisja planowania gospodarczego) wypowiedziały się co do zgodności tych projektów z dyscypliną finansową i inwestycyjną, udzielanie opinii w konkretnych sprawach na żądanie przewodniczącego, jego zastępcy, sekretarza, członków lub kierowników wydziałów prezydium WRN,
- informowanie prezydium bądź sekretarza prezydium o zadaniach, które wynikają dla terenowych organów władzy państwowej z przepisów prawnych ogłoszonych w Dzienniku Ustaw PRL i Monitorze Polskim,

⁸³ Notatka z 1.02.1949 r. w sprawie organizacji zastępstwa sądowego przedsiębiorstw hutniczych, AAN, 195 MPiH, sygn. 4405, [brak numeracji porządkowej kart w teczce, s. 2 notatki].

⁸⁴ Uchwała nr 294 Rady Ministrów z dnia 2.06.1954 r. w sprawie zastępstwa sądowego i obsługi prawnej terenowych organów władzy państwowej (M.P., nr A—55, poz. 752); uchwała nr 110 Rady Ministrów z dnia 5.03.1956 r. w sprawie wydziałów organizacyjnego, ogólnogospodarczego, kadr i szkolenia oraz radców prawnych prezydiów rad narodowych (M.P., nr 22, poz. 277); uchwała nr 423 Rady Ministrów z dnia 9.11.1957 r. w sprawie obsługi prawnej powiatowych rad narodowych oraz niektórych miejskich i dzielnicowych rad narodowych (M.P., nr 88, poz. 522).

⁸⁵ Zob. Projekt pisma Zespołu II Urzędu Rady Ministrów do prezydiów WRN z 1954 r., AAN, 171 UZP, sygn. 3, k. 68—69.

⁸⁶ Instrukcja nr 36 Szefa Urzędu Rady Ministrów z dnia 8 XII 1954 r. w sprawie zakresu czynności radcy prawnego prezydium wojewódzkiej rady narodowej (M.P., nr 119, poz. 1685).

- prowadzenie zbioru zarządzeń (wytycznych, instrukcji, okólników), wydawanych przez prezydium WRN i jednostki organizacyjne prezydium (wydziały, zarządy, oddziały, referaty).
- 2. W zakresie redagowania dziennika urzędowego:
 - zbieranie materiałów do publikacji,
 - przedkładanie komitetowi redakcyjnemu wniosków co do celowości publikowania w dzienniku urzędowym poszczególnych aktów prawnych,
 - opracowanie pod względem redakcyjnym materiału przeznaczonego do opublikowania,
 - decydowanie o publikacji ogłoszeń osób prywatnych w dzienniku urzędowym bądź o umieszczeniu ich na tablicy ogłoszeń w lokalu prezydium WRN,
 - korekta tekstów nadsyłanych przez drukarnie.

Decentralizacja obsługi prawnej państwa wpłynęła na przyspieszenie procesu wyodrębniania się grupy zawodowej radców prawnych. Przy wciąż rozbudowującym się państwowym aparacie administracyjno-gospodarczym radcowie prawni stawali się jedną z najliczniejszych grup zawodowych w środowisku prawniczym. Powoli wzrastała również ranga zawodu i znaczenie osób zatrudnianych na stanowiskach radców prawnych.

Zakończenie

Utworzony po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 r. urząd Prokuraturii Generalnej RP, zapewniający wysoką jakość zastępstwa procesowego Skarbu Państwa, został reaktywowany przez władze komunistyczne po drugiej wojnie światowej, celem zabezpieczenia interesów majątkowych nowo budowanego Państwa Ludowego. Nacjonalizacja przemysłu, wprowadzenie gospodarki centralnie sterowanej i rozbudowa do kolosalnych rozmiarów państwowego aparatu administracyjno-gospodarczego doprowadziły jednak do sytuacji, w której scentralizowany model obsługi prawnej Skarbu Państwa przestał być wydolny. Po likwidacji Prokuraturii Generalnej RP w 1951 r. władze podjęły próbę wprowadzenia mieszanego modelu organów zastępstwa prawnego, który przetrwał jednak zaledwie trzy lata, po czym doszło w końcu do powielenia wzorców radzieckich — pełnej decentralizacji obsługi prawnej aparatu władzy, administracji i państwowych jednostek gospodarczych.

Wprowadzenie modelu zdecentralizowanej obsługi prawnej w 1954 r. sprzyjało procesowi wyodrębniania się nowego zawodu radcy prawnego w ramach rodziny zawodów prawniczych. W 1961 r. uregulowane zostały ogólne zasady wykonywania przez radców obsługi prawnej przedsiębiorstw państwowych,

zjednoczeń oraz banków państwowych⁸⁷. Akt decentralizacji był też pierwszym krokiem na długiej drodze do powołania do życia samorządu radców prawnych, który z ograniczonymi kompetencjami został utworzony w 1982 r.⁸⁸, a pełnię samorządności uzyskał w okresie transformacji ustrojowej w 1989 r.⁸⁹.

Model zdecentralizowanej obsługi prawnej interesów Skarbu Państwa przetrwał niezwykle długo, ponad pół wieku. Istniał jeszcze przez 16 lat po transformacji ustrojowej. Próby przywrócenia do życia scentralizowanego systemu zastępstwa prawnego interesów Skarbu Państwa były podejmowane kilkakrotnie (w 1990 r., 1992 r. oraz 1998 r.⁹⁰). Jednak dopiero w 2005 r. istniał klimat polityczny do wprowadzenia tej reformy i powołania urzędu Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa⁹¹, która wznowiła swą działalność w marcu 2006 r.

⁸⁷ Uchwała nr 533 Rady Ministrów z 13.12.1961 r. (M.P., nr 96, poz. 406).

⁸⁸ Ustawa z dnia 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U., nr 19, poz. 145).

⁸⁹ Na mocy art. 7 ustawy z dnia 24.05.1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz.U., nr 33, poz. 175) zmienione zostały przepisy ustawy o radcach prawnych, które doprowadziły m.in. do przejścia przez organy samorządu kontroli nad prowadzeniem list radców prawnych.

⁹⁰ *Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze Solidarności 1980—1990*. Red. K. Barczyk, S. Grodziski, S. Grzybowski. Warszawa 2001, s. 522—524; J. Lipski: *Informacja na temat rozpatrywanych przez Sejm projektów ustaw dotyczących Prokuraturii Generalnej*. W: M. Bajor-Stachańczyk, J. Lipski, P. Krawczyk: *O Prokuraturii Generalnej w Polsce — historia i teraźniejszość*. [Informacja Wydziału Ekspertyz Prawnych Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu 2003, nr 984]. Warszawa 2003, s. 3—6; B. Sitek: *Historia ochrony...*, s. 174.

⁹¹ Ustawa z 8.07.2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U., nr 169, poz. 1417). Obecnie ustrój Prokuraturii reguluje ustawa z dnia 15.12.2016 r. o Prokuraturii Generalnej RP (Dz.U., poz. 2261).

Kamil Niewiński

Das Problem der Prozessvertretung des Fiskus in der ersten Dekade der Volksrepublik Polen

Schlüsselwörter: Generalstaatsanwaltschaft, Fiskus, Prozessvertretung, Volksrepublik Polen, Selbstverwaltung der Rechtsberater

Zusammenfassung: Der vorliegende Text ist dem Problem der Prozessvertretung in Polen insbesondere in der ersten Dekade nach dem Zweiten Weltkrieg gewidmet. Die nach der Erlangung der Unabhängigkeit Polens im Jahre 1918 gegründete und hohe Qualität der Prozessvertretung garantierende Generalstaatsanwaltschaft wurde von kommunistischer Macht nach dem Zweiten Weltkrieg zwecks Sicherung des Vermögens der neugebauten Volksrepublik Polen reaktiviert. Nationalisierung der Industrie, staatlich gelenkte Wirtschaft und Ausbau des verwaltungswirt-

schaftlichen Apparates zu ungeheuren Ausmaßen hatten jedoch zur Folge, dass das zentralisierte Modell der Rechtsdienstleistung der Staatskasse erfolglos wurde. Nachdem die Generalstaatsanwaltschaft der Volksrepublik Polen im Jahre 1951 aufgelöst worden war, entwickelte die Obrigkeit gemischtes Modell der Rechtsvertretungsorgane, das aber lediglich drei Jahre überdauerte. Letztendlich wiederholte man sowjetische Muster — d.i. völlige Dezentralisierung der Rechtsdienstleistung des Staatsapparates, der Verwaltung und der Wirtschaftseinheiten.

Das Modell der zentralisierten Rechtsdienstleistung von fiskalischen Interessen überdauerte über halbes Jahrhundert. Es war noch 16 Jahre nach Staatsformtransformation gültig. Es waren einige Versuche (1990, 1992, 1998) gemacht, zentralisiertes System der Rechtsvertretung vom Fiskus wieder einzuführen, aber erst im Jahre 2005 gab es ein geeignetes politisches Klima dafür und das Amt für Generalstaatsanwaltschaft des Fiskus konnte seine Tätigkeit im März 2006 wiederaufnehmen.

Kamil Niewiński

Legal Representation of the State Treasury in the First Decade of People's Poland

Keywords: Office of the Prosecutor General, State Treasury, legal representation, People's Poland, National Bar of Attorneys-at-Law

Summary: This paper deals with an issue of legal representation throughout the history of Poland, with special regard to the first decade after World War II. The Office of the Prosecutor General of the Republic of Poland created after the restoration of Poland's sovereignty in 1918, providing a high quality of legal representation of the State Treasury, was reinstated by the communist authority after World War II in order to secure financial interests of the newly built people's state. Nationalization of industry, an introduction of centrally-controlled economy, and expansion of the state administrative-economic apparatus to colossal proportions, however, led to a situation in which the centralized model of legal handling of the State Treasury ceased to be efficient. After the abolishment of the Office of the Prosecutor General of the Republic of Poland in 1951, the authorities attempted to implement a mixed model of legal representation. However, it only lasted for three years, and eventually, the Soviet model was copied — full decentralization of legal handling of the apparatus of authority, administration, and state-owned enterprises.

The decentralized model of legal management of the State Treasury's interests remained in place unusually long, for over half a century. It outlasted the regime transformation by 16 years. Attempts to reinstate the centralized system of legal representation of the State Treasury were undertaken repeatedly (in 1990, 1992, and 1998). However, it was not until 2005, when the political climate was ready for this reform and the appointment of the Office of the Prosecutor General of the State Treasury, which resumed its activity in March 2006.

TOMASZ SZCZYGIEŁ

Katowice

Bolesław Bierut o prawie i jego podstawach ideologicznych w Polsce do 1952 r.

Wprowadzenie

W setną rocznicę rewolucji październikowej powracamy do problematyki tego jednego z najważniejszych wydarzeń XX w. Nie ulega bowiem wątpliwości, że to, co wydarzyło się wówczas w Piotrogradzie, wywarło wpływ nie tylko na przyszłość Rosji, ale także losy innych narodów w tym Polski, przede wszystkim po drugiej wojnie światowej.

Wszędzie tam, gdzie oddziaływanie ideologii komunistycznej miało miejsce, dochodziło bowiem do bardzo głębokich — rewolucyjnych — przemian w praktycznie każdej sferze życia. Komunizm nie przewidywał po prostu obojętnych z punktu widzenia ideologicznego obszarów egzystencji ludzkiej. Prawo było jednym z tych elementów tzw. nadbudowy, który w pierwszej kolejności należało zmienić, a wręcz wyeliminować, aby w ogóle można było mówić o perspektywie ziszczenia się utopii, jaką miał być ten ustrój. Tym samym wszelkie poglądy czołowych przedstawicieli ruchu komunistycznego, z Włodzimierzem Uljanowem na czele, mają tak istotne znaczenie poznawcze.

W Polsce po 1944 r. taką osobą był niewątpliwie Bolesław Bierut. Ze względu na pozycję polityczną i pełnione funkcje jego podejście do prawa miało bardzo istotne znaczenie dla przebiegu „polskiej rewolucji” po 1944 r. Kontekst i cel, w jakim wypowiadał te zapatrywania, nie były przypadkowe, a sugestynność — za sprawą pozycji mówcy — nie bez znaczenia¹.

¹ M. Gałęziowska: *Socjotechniczne cele przemówień Bolesława Bieruta (I I—22 VII 1952)*. „Echa Przeszłości” 2014, T. 15, s. 187 i 184. <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.ele>

W pierwszej kolejności należy odnieść się do problematyki unifikacji prawa po drugiej wojnie światowej. Jak powszechnie wiadomo, w okresie międzywojennym nie udało się w pełni ujednoczyć systemu prawa oraz przygotować podstawowych kodeksów, zwłaszcza w obszarze prawa cywilnego. Stosunek Bieruta do tego rodzaju sytuacji był nader wyraźny, a wręcz emocjonalny. Uważał bowiem, że przepisy zaborcze „jak kula u nogi ciążyły na stosunkach społeczno-prawnych”, a w konsekwencji „jak złośliwa narośl deformowały, wypaczały i koślawiły życie publiczne, jedność państwową, narodową i prawną”². Ten stan rzeczy był, jego zdaniem, zaprzeczeniem nie tylko jednolitości państwowej, ale przede wszystkim niepodległości i suwerenności³. I trudno, przynajmniej w części, nie zaakceptować tej tezy. Wypowiadając te słowa, Bierut postawił jednak diagnozę problemu niepowodzeń kodyfikacyjnych okresu 1918—1939. Uważał bowiem, że chociaż przedwojenni prawnicy doceniali wagę unifikacji prawa, to jednak nie byli w stanie tego uczynić, albowiem od byłych zaborców przejęli nie tylko przepisy, ale także „tradycje i formy społeczno-ustrojowe uświęcone przez rządy antyludowe”⁴. Regulacja życia publicznego na tego rodzaju „starych formach i tradycjach” była, jego zdaniem, niemożliwa.

Odnosząc się do tych słów, należy stwierdzić, że bez wątpienia mozaika systemów prawnych, o których wspominał Bierut, nie ułatwiała dzieła kodyfikacyjnego, ale nie uniemożliwiała jego przeprowadzenia. Po prostu zabrakło czasu. Co więcej, pracowano w znacznie innym trybie i warunkach niż to miało miejsce po wojnie. Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej była samodzielnym i ustawowo uregulowanym organem o wybitnie fachowym składzie⁵. Trudno ją w ogóle porównywać z „resortowymi” komisjami Ministerstwa Sprawiedliwości Polski Ludowej, których tryb pracy i tempo można określić mianem rewolucyjnych, a nie ewolucyjnych. Stąd też ich jedynie doradczy, dla czynników politycznych, charakter⁶.

ment.desklight-ff78270b-3f90-4f31-bab8-fe2e2831c14e?q=bwmetal.element.desklight-c2be321f-b944-4cac-90ea-f2cff9e70d76;11&qt=CHILDREN-STATELESS [dostęp: 15.07.2018].

² *Prawo Polskiej Demokracji Ludowej. Przemówienie Prezydenta Bieruta na akademii w Prezydium Rady Ministrów*. „Głos Ludu”, 17.12.1946, s. 3.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ A. Lityński: *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej*. Katowice 1991; S. Grodziski: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1981, T. 33, z. 1; *Historia państwa i prawa Polski (1918—1939)*. Red. F. Ryszka. Cz. 2. Warszawa 1968; L. Górnicki: *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919—1939*. Wrocław 2000; K. Sójka-Zielińska: *Organizacja prac nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce międzywojennej*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1975, T. 27.

⁶ P. Fiedorczyk: *Z dziejów stalinizacji polskiej nauki prawa. Komisja Konsultacyjno-Naukowa przy Ministrze Sprawiedliwości (1949—1951)*. W: *Konstytucjonalizm. Doktryny. Partie*

W odrzuceniu wszystkich międzywojennych „obciążeń” Bierut widział właśnie źródło sukcesu unifikacji prawa, jakiej dokonało w latach 1945—1946 Ministerstwo Sprawiedliwości pod kierownictwem Henryka Świątkowskiego. Bierut przekonywał, że to dzięki „zwycięstwu demokracji” udało się to wszystko osiągnąć⁷. Dorobek prac Departamentu Ustawodawczego Ministerstwa Sprawiedliwości pod kierownictwem Stefana Banczerza był rzeczywiście imponujący. W nieco ponad rok przygotowano i ogłoszono co najmniej 25 dekretów z zakresu prawa cywilnego zarówno materialnego, jak i procesowego⁸. Dziś już jednak wiemy, że te dokonania byłyby znacznie trudniejsze, a na pewno nie tak szybkie, gdyby nie wykorzystano dorobku prac Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej⁹. Bierut nie mógł oczywiście wspomnieć o tym, ponieważ pozostawałoby to w sprzeczności z tezą o pozbywaniu się „obciążeń” okresu międzywojennego.

Niezależnie od podejścia ideologicznego, unifikację po wojnie przeprowadzono, co niewątpliwie należy uznać nie tylko za znaczące osiągnięcie ówczesnej władzy, ale także bardzo istotne wydarzenie dla rozwoju polskiego systemu prawa w XX w. w ogóle¹⁰. Jak wynika z poglądów Bieruta, niejednorodność prawna była w powojennej rzeczywistości tak samo nie do zaakceptowania jak w okresie międzywojennym. Inne były jednak powody. Nie były bowiem nimi względy praktyki wymiaru sprawiedliwości, ale przede wszystkim uzasadnienie polityczne i ideologiczne. I chociaż praktyczne niedogodności niejednorodności znacznie wyraźniej od Bieruta eksponował H. Świątkowski, jako ten, który był „bliżej” problemów sądownictwa i prokuratury, to jednak właśnie głos głowy państwa i partii był w tym zakresie najistotniejszy¹¹. Nie może bowiem ulegać wątpliwości, że zasadniczą wytyczną dla reformy wymiaru sprawiedliwości po 1944 r. była ideologia. Usprawnienie wymiaru sprawiedliwości miało charakter drugoplanowy, choć przedstawiane było jako kwestia zasadnicza.

Prawo nie może być „oderwane od istniejącej rzeczywistości społecznej, od konkretnego układu stosunków społeczno-gospodarczych i politycznych” — to również twierdzenia Bieruta¹². I chociaż nie było w tym nic oryginalnego —

Polityczne. Księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie. Red. R. Kłosowicz [et al.]. Kraków 2014, s. 258—259.

⁷ *Prawo Polskiej Demokracji Ludowej. Przemówienie Prezydenta Bieruta na akademii...*, s. 3.

⁸ A. Lityński: *O prawie i sądach początków Polski Ludowej.* Białystok 1999, s. 221—222.

⁹ *Ibidem*, s. 224.

¹⁰ Z. Fenichel: *Próba charakterystyki ustawodawstwa polskiego za okres 1944—1946.* „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1947, s. 77—88.

¹¹ *Zebranie organizacyjne Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego.* „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1947, nr 10, s. 41—42; D. Maksimiuk: *Z problematyki kodyfikacji prawa karnego materialnego początków Polski Ludowej.* „Miscellanea Historico-Iuridica” 2009, T. 7, s. 144—145.

¹² *Prawo Polskiej Demokracji Ludowej. Przemówienie Prezydenta Bieruta na akademii...*, s. 3.

Bierut powtarzał zapatrywania „ojców komunizmu” — to jednak fakt, że słowa te wypowiadała głowa państwa polskiego i partii, zapowiadało rewolucję. Za bardziej interesujące należy jednak uznać uzasadnienie, jakie Bierut formułował. Było ono następującej treści: „Przekonanie o niezmienności prawa jako zasady świętej i nienaruszalnej, mającej kierować postępowaniem człowieka niezależnie od warunków społecznych, w jakich żyje i działa — jest naiwnym i bardzo zacofanym przejawem poglądów, głoszonych najczęściej rozmyślnie w celach obrony starych i sprzecznych z postępek społecznym przywilejów, interesów i tradycji”¹³.

Negacja normatywizmu w kręgach komunistycznych nie stanowiła również niczego nadzwyczajnego ani nowego¹⁴. Bierut jednak bardzo wyraźnie zaakcentował, że prawo nie stanowi wartości samej w sobie. Co więcej, przedstawił je jako czynnik „utrwalający” przywileje, interesy i tradycje, co można tłumaczyć jako synonim komunistycznego pojmowania prawa, czyli narzędzia ucisku władzy (klas) posiadających nad nieposiadającymi¹⁵. To również stanowiło według niego o niepowodzeniu międzywojennych prac kodyfikacyjnych. Według Bieruta rzeczywistość powojenna sprawiła, że zmieniła się w ogóle idea prawa, którą miało być odtąd „równouprawnienie wszystkich warstw społecznych pod każdym względem i we wszystkich dziedzinach życia społecznego — z wyjątkiem oczywiście jawnych szkodników i wykolejeńców, których wyizolowania domaga się najwyższy interes ogólnospołeczny i ogólnonarodowy”¹⁶. Bierut wyraźnie dawał do zrozumienia, że nowe prawo nie będzie ani równe dla wszystkich, ani tym bardziej bezstronne w swojej wymowie. Prawo miało być instrumentem walki, oczywiście w interesie ogólnospołecznym i tylko jako takie miało rację bytu.

Była to ewidentna zapowiedź zmian systemu prawa, która miała przebiegać nie ewolucyjnie i demokratycznie, ale rewolucyjnie, w miarę kształtowania się w ten sam sposób tzw. bazy. Bierut wyraźnie wskazywał na tych, których nie obejmie „demokratyzacja prawa”, a więc wrogów nowego państwa ludowego oraz innych „nieprzystosowanych ideologicznie i klasowo”. Problem ten nie był tylko i wyłącznie sloganem wypowiedzianym przez polityka bez prawniczego wykształcenia, ale fundamentalnym zagadnieniem ówczesnej reformy prawa.

Oprócz rozważań dotyczących ogólnej natury prawa w nowych warunkach ustrojowych Bolesław Bierut podejmował także problematykę bardziej szczegółową, w tym konstytucyjną, tak w ujęciu historycznym, jak i w odniesieniu do współczesności. W przemówieniu radiowym z dnia 3 maja 1947 r. oddał hołd

¹³ Ibidem.

¹⁴ Z.A. Ziemia: *Prawo przeciwko społeczeństwu. Polskie prawo karne w latach 1944—1956*. Warszawa 1997, s. 48—52.

¹⁵ Ibidem, s. 24—27.

¹⁶ Ibidem.

twórcom Konstytucji 3 maja¹⁷. Podkreślił między innymi, że chociaż konstytucja ta nie zmieniła ówczesnych stosunków społeczno-prawnych feudalizmu, to jednak miała istotny wpływ na umysły i uczucia ludzkie, budząc patriotyzm i wiarę w celowość walki o wolność kraju i jego niepodległość¹⁸. O wyrażonych w art. V zasadach podziału władzy i suwerenności narodu nie wspominał.

Bierut miał wyraźnie niechętny stosunek do konstytucji z 1921 i 1935 r. W jego przekonaniu charakteryzowały się one bowiem tym samym, a mianowicie „podporządkowaniem i utrzymywaniem mas ludowych w posłuszeństwie wobec panującej klasy kapitalistyczno-obszarniczej oraz zabezpieczeniem przywilejów tej klasy i usankcjonowaniem wyzysku mas pracujących”¹⁹. To w owych realiach politycznych oznaczało całkowitą dyskwalifikację takich aktów prawnych. W bardziej szczegółowej analizie obu konstytucji Bierut wykazywał, o jakie wady mu chodziło. Konstytucja marcowa — mówił Bierut — „w sposób zamaskowany mętnymi i tylko formalnie demokratycznymi sformułowaniami starała się zabezpieczyć interesy burżuazji”²⁰. Podkreślał, że niemal od samego początku jej przepisy okazywały się fikcją, a „terror policyjny coraz ostrzej godził w klasę robotniczą i jej organizacje”²¹. Konstytucja kwietniowa z kolei nie była dla Bieruta nawet „pseudodemokratyczna”, ona była po prostu faszystowska, bo „przeforsowana brutalnie i narzucona przez sanacyjną klikę faszystowską”²². Nie ulega wątpliwości, że znacznie łatwiej przychodziło mu krytykowanie konstytucji z 1935 r. niż tej z 1921 r. Wszak Konstytucja kwietniowa nie tylko pod względem treści, ale przede wszystkim trybu uchwalenia pozostawiała wiele do życzenia. Z kolei Konstytucja marcowa była „zła”, albowiem jej formalny demokratyzm nie znajdował odzwierciedlenia w rzeczywistości. Była to ewidentna aluzja Bieruta do prześladowania i marginalizowania ruchu komunistycznego, nie tylko w sferze politycznej, ale także tej społecznej i prawnej.

Z całokształtu wypowiedzi Bieruta odnośnie do dorobku konstytucyjnego Rzeczypospolitej wynikała jedna, aczkolwiek z punktu widzenia wyznawanej przez niego ideologii, słuszna konstatacja, że nic postępowego nie miało dotychczas w tej dziedzinie miejsca. Niewątpliwie Bierut był przekonany, że to, czego dotychczas nie udało się zrobić, zostało (zostanie) zrobione po drugiej wojnie światowej. Podkreślał, że wszelkie „prawa wieczyste i niewzruszone zniknęły wraz z całą szlachtą i możnowładztwem, a lud pracujący pozbawiony dotych-

¹⁷ *Hold twórcom Konstytucji 3 Maja złożymy, krzewiąc oświatę w kraju. Przemówienie Prezydenta Bieruta, wygłoszone przez radio w dniu 3 maja 1947 r. „Głos Ludu”, 4.05.1947, s. 3.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ B. Bierut: *O Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. „Nowe Drogi” 1952, nr 8, s. 4—5.*

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

czas nawet miana człowieka i obywatela stał się pełnoprawnym współtwórcą życia społecznego i współgospodarzem państwa”²³. To miał być, jego zdaniem, punkt odniesienia dla prac w przedmiocie przyszłej konstytucji Polski Ludowej. Jednocześnie zaznaczał, że będzie ona musiała się liczyć z szeregiem istotnych i nieodwracalnych zmian, jakie dotychczas dokonano, tak w zakresie politycznym i gospodarczym, jak i społecznym. Wykluczył jednak, aby można było to uczynić, poprzez dostosowanie „starych form konstytucyjnych i prawnych”, co stanowiło ideologicznie negatywną ocenę zastałego systemu prawnego Polski międzywojennej²⁴. Chodziło mu przede wszystkim o przeobrażenia społeczne i własnościowe, które były dokonywane po wojnie. Konstytucja PRL miała, w jego mniemaniu, stanowić swego rodzaju podsumowanie (bilans) dokonywanych przemian o charakterze rewolucyjnym i *de facto* pozakonstytucyjnym, jakie dokonywano po 1944 r.²⁵. Przeciwwstawiając ustawę państwa ludowego, konstytucji burżuazyjnej twierdził, że nie może ona być jedynie słowną deklaracją praw obywatelskich i demokratycznych, ale powinna być ich „realnym zabezpieczeniem i gwarantem”²⁶. Konstytucja PRL miała utrzymywać ówczesny stan państwa komunistycznego, miała legitymizować dotychczasowe prawo²⁷. Porównując regulacje konstytucyjne państwa „demokracji ludowej” i kapitalistycznego, twierdził, że prawa i swobody w ustroju kapitalistycznym mają charakter fikcyjny i oszukańczy, albowiem nie dają się pogodzić z polityką ucisku i agresji, które, jego zdaniem, charakteryzują ten ustrój²⁸.

Co ciekawe, jako gwaranta praw i swobód w państwie „dyktatury proletariatu”, wskazywał nie konstytucję jako akt najwyższej rangi, ale przede wszystkim dokonane przeobrażenia społeczne i gospodarcze, „ludowy” charakter władzy oraz „kierowniczą” rolę klasy robotniczej „stojącej wraz z chłopstwem na straży dokonań socjalistycznego ustroju społecznego”, a więc tzw. bazę²⁹. To o niej Bierut mówił, że jest „podstawą rozwoju stosunków politycznych i kulturalnych”. To na niej opiera się i z niej „wyrasta” cała nadbudowa, a więc również prawo, z konstytucją na czele³⁰. Były to znamienne słowa, tym bardziej że głoszone przez przewodniczącego sejmowej Komisji Konstytucyjnej³¹.

²³ Ibidem.

²⁴ *Rady Narodowe — podstawowy czynnik rzeczywistej demokratyzacji władzy państwowej. Przemówienie Prezydenta Bieruta na konferencji przewodniczących W.R.N. „Głos Ludu”*, 31.10.1946, s. 3.

²⁵ B. Bierut: *O Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej...*, s. 3.

²⁶ Ibidem, s. 8—9.

²⁷ M. Gałęziowska: *Socjotechniczne cele przemówień...*, s. 189.

²⁸ B. Bierut: *O Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej...*, s. 9—10.

²⁹ Ibidem, s. 8—9.

³⁰ Ibidem, s. 9—10.

³¹ Szerzej zob. M. Rybicki: *Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r.* W: *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*. Red. M. Kallas. T. 2. Warszawa 1990, s. 319, 341.

Nowy ustrój, a więc nowe prawa, miały mieć charakter „bilansowy” dokonywanych wówczas przemian. Bierut podkreślał rewolucyjne znaczenie dekretu o reformie rolnej z 6 września 1944 r.³², ustawy o zakresie działania rad narodowych z dnia 11 września 1944 r.³³ i ustawy o przejęciu na własność państwa podstawowych gałęzi gospodarki narodowej z dnia 3 stycznia 1946 r.³⁴. Było to zgodne z ideologicznym podziałem na „bazę” i „nadbudowę”. Jednak w świetle jego poglądów to regulacje prawne, a więc element „nadbudowy”, kreowały „bazę”, a nie odwrotnie. Tę sprzeczność ideologiczną można wytłumaczyć chyba tylko tym, że w toku rewolucji — nawet komunistycznej — wszystko przebiega inaczej. Pytanie tylko, jak długo ten stan miałyby trwać? Bierut nie wypowiadał się na ten temat, choć ze wszystkich jego wypowiedzi, zwłaszcza tych dotyczących nowej konstytucji, można wnosić, że za stan przejściowy uznawał czas do uchwalenia nowej konstytucji Polski Ludowej. Po tej dacie miała nastąpić nowa rzeczywistość. Dziś już wiemy, że nie tylko w Polsce tzw. okresy przejściowe przeciągały się w istocie w nieskończoność.

Unifikacja prawa oraz konstytucja jako rzekomy wyraz „demokratyzacji” ustroju ludowego, to tematy często występujące w wypowiedziach Bieruta. Zwłaszcza ta pierwsza dziedzina była tym, czym rzeczywiście można było się chwalić, a jednocześnie nadawało się do celów propagandowych. Tym bardziej że niepowodzenia kodyfikacyjne okresu międzywojennego w zakresie prawa cywilnego można było łatwo — z punktu widzenia jedynie słusznej wówczas ideologii — wytłumaczyć. Z prawem karnym było jednak inaczej, albowiem akurat w tej dziedzinie system prawa polskiego był kompletny³⁵. To była dość kłopotliwa dla nowej władzy sytuacja. Z jednej strony należało uzasadniać ciągły rozrost tej dziedziny prawa pomimo jej skodyfikowania, a z drugiej ukrywać, jaki był jej prawdziwy sens. Prawo karne stawało się narzędziem sprawowania i utrzymywania władzy (prawo walki) oraz kreowania rzeczywistości społeczno-gospodarczej, ale tego przecież nie można było wprost powiedzieć.

Nie uczynił tego także Bolesław Bierut, podążając tym samym drogą wytyczoną przez czołowych radzieckich komunistów, wypowiadających się nie tyle wprost o konkretnych rozwiązaniach karnoprawnych, ile o ich celu i uzasadnieniu aksjologiczno-ideologicznym. Jest to tym istotniejsze, że trudno w ów-

³² Dz.U. 1944, nr 4, poz. 17.

³³ Dz.U. 1944, nr 5, poz. 22.

³⁴ Dz.U. 1946, nr 3, poz. 17.

³⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. — Kodeks karny (Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571); Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. — Prawo o wykroczeniach (Dz.U. 1932, nr 60, poz. 572); Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. — Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1928, nr 33, poz. 313); Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 października 1932 r. — Kodeks karny wojskowy (Dz.U. 1932, nr 91, poz. 765); dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 września 1936 r. — Kodeks wojskowego postępowania karnego (Dz.U. 1936, nr 76, poz. 537).

czesnym okresie doszukać się publikowanego uzasadnienia wydawanych aktów prawnych z tej dziedziny. W tym sensie odniesienia Bieruta do problematyki prawa karnego można podzielić na dwie sfery prawa karnego, w których miała toczyć się walka, czyli sferę wewnętrzną i sferę zewnętrzną.

Do sfery wewnętrznej należy zaliczyć wszelkie nawiązania Bieruta do zjawiska narastającej walki klasowej oraz konieczności zwalczania tych, którzy w kraju udaremniają przeobrażenia gospodarcze i społeczne³⁶. Bierut podkreślał na każdym kroku, że utrwalaniu władzy ludowej, rugowaniu i likwidacji warstw pasożytniczych oraz przebudowie ustroju społecznego towarzyszy konflikt klasowy³⁷. Już w referacie wygłoszonym 15 grudnia 1948 r. podczas Kongresu Zjednoczeniowego wypowiedział następujące słowa: „W państwie demokracji ludowej istnieją jeszcze warstwy żyjące z wyzysku cudzej pracy, to znaczy kapitaliści. Są to różni przedsiębiorcy, więksi kupcy, właściciele wytwórni zatrudniający pewną liczbę robotników, bogacze wiejscy, różnorodni spekulanci oraz wszelkiego typu nicponie i nieroby. Pewnej liczbie przedstawicieli tych warstw kapitalistycznych i oczywiście wszelkiego rodzaju wykołajeńcom nie odpowiadają stosunki obecne. Nie są oni zadowoleni również z polityki państwa demokratyczno-ludowego. Starają się podważyć zaufanie do władzy ludowej, szkodzić jej i wносить zamęt do naszego życia przez szerzenie bzdurnych plotek siejących panikę lub też w inny sposób utrudniać życie i pracę ludowi pracującemu. Oczywiście, partia nasza musi prowadzić energiczną walkę z tymi szkodliwymi elementami, musi tępić wszelkie destrukcyjne objawy ich działalności. Państwo, występując w obronie mas pracujących, musi przeciwdziałać nadmiernemu wyzyskowi drogą odpowiedniej akcji gospodarczej, administracyjnej i prawnej. W tych warunkach zaostrenie się walki klasowej w państwie demokracji ludowej jest nieuniknione”³⁸. Z tego powodu, za pomocą nowego prawa karnego, władza ludowa miała poradzić sobie ze „wszelkimi wrogimi elementami klasowymi” oraz negatywnymi zjawiskami nacjonalizacji i centralizacji gospodarki, w postaci niedoborów, produkcji złej jakości oraz kradzieży mienia społecznego. Nie mogło być mowy — mówił Bierut — o budowie socjalizmu, bez walki z klasą wyzyskiwaczy, także na obszarach wiejskich³⁹. Postulował wręcz stosowanie „ostrych” i represyjnych

³⁶ B. Bierut: *O Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej...*, s. 3.

³⁷ „W swym procesie rozwojowym społeczeństwo ludzkie rozdzieliło się wewnętrznie na klasy o przeciwstawnych interesach i dążeniach [...] klasy pasożytnicze zagarnęły w swe ręce wszystkie węzłowe ogniwa organizacji społecznej. Podporządkowały one swym ciasnym interesom klasowym zarówno ekonomikę społeczeństwa, jak i jego formy polityczne, prawne, moralne, sferę duchowego życia i twórczości człowieka” — B. Bierut: *Zwycięski wódz nowej epoki*. „Nowe Drogi” 1949, nr 6, s. 19.

³⁸ Idem: *Podstawy ideologiczne Zjednoczonej Partii. Fragment końcowy referatu, wygłoszonego 15 grudnia 1948 r. na Kongresie Zjednoczeniowym*. „Nowe Drogi” 1949, nr 1, s. 30.

³⁹ Idem: *Istota sojuszu robotniczo-chłopskiego*. „Nowe Drogi” 1950, nr 5, s. 21.

środków w stosunku do aktywnych, „kułackich wrogów spółdzielczości”, którzy rzekomo terrorem i przemocą mieli zatrzymywać rozwój spółdzielczości wiejskiej⁴⁰. Były to znamienne słowa, w kontekście działań Komisji do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym, która terrorem eliminowała wszelkie, nawet najdrobniejsze, przejawy nieposłuszeństwa⁴¹. Był to również jasny sygnał, że o liberalizacji w obrębie prawa karnego nie może być mowy, zwłaszcza w sferze gospodarczej, szczególnie podatnej na rzekome „wrogie wpływy”. Wszystko to pod szyldem praworządności „ludowej”⁴².

Bierut nie pozostawiał jakichkolwiek złudzeń, jeśli chodzi o konieczność wzmaganania działalności „organów represyjnych” względem takich zjawisk jak spekulacja, absencja w pracy, antyludowy klerykalizm oraz szpiegostwo⁴³. Podkreślał bowiem, że jednym z podstawowych zadań partii jest szybkie ujawnianie tych nowych środków i form walki wroga klasowego, „często zamaskowanych i perfidnych”, oraz ich „paraliżowanie”⁴⁴. Ta szczególna „czujność”, którą postulował w wymienionych obszarach, znajdowała swoje odzwierciedlenie w nowych przepisach z dziedziny prawa karnego oraz praktyce ich stosowania. I tak, ze spekulacją miała „rozprawić się” Ustawa z dnia 2 czerwca 1947 roku o zwalczaniu drożyzny i nadmiernych zysków w obrocie handlowym⁴⁵. Za naruszenie zasad poboru cen groziła grzywna, areszt, a także więzienie do lat pięciu (art.14, art.15). Dolegliwości karne mogły być wzmożone, jeżeli sprawą zajęła się Komisja Specjalna do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym. Ustawa dawała jej bowiem prawo nie tylko wystąpienia z aktem oskarżenia do sądu, który orzekał w trybie doraźnym, ale także między innymi do samodzielnego orzeczenia przypadku towarów, orzeczenia kary grzywny czy skierowanie do pracy przymusowej w trybie art. 10¹ Dekretu z dnia 16 listopada 1945 roku o utworzeniu i zakresie działania Komisji Specjalnej do walki z nadużyciami i szkodnictwem gospodarczym (art. 17 ust. 1 B pkt. a)⁴⁶. Przestępczy proceder spekulacji, według Bieruta, oraz uzasadnienie przeciwdziałania mu przedstawiały się następująco: „Elementy kapitalistyczne ograniczone w swoich możliwościach osiągnięcia dużych zysków i wypierane z handlu

⁴⁰ Ibidem, s. 25.

⁴¹ Dz.U. 1945, nr 53, poz. 302.

⁴² A. Lityński: *O praworządności „ludowej” w Polsce 1944—1956 teoretycznych uwag kilka*. W: „Z Dziejów Prawa”, Cz. 8. Red. A. Lityński, M. Mikołajczyk, W. Organiściak. Katowice 2006, s. 168.

⁴³ B. Bierut: *Zadania Partii w walce o nowe kadry na tle sytuacji ogólnej*. „Nowe Drogi” 1950, nr 2, s. 23—25.

⁴⁴ Ibidem, s. 27—28.

⁴⁵ Dz.U. 1947, nr 43, poz. 218. Akt ten zastąpił dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 25 października 1944 r. o zwalczaniu spekulacji i lichwy wojennej Dz.U. 1944, nr 9, poz. 44.

⁴⁶ Dz.U. 1945, nr 53, poz. 302 w brzmieniu dekretu z dnia 14 maja 1946 r. (Dz.U. 1946, nr 23, poz. 149).

przez sektor socjalistyczny, przerzucają się często do nielegalnego handlu łańcuszkowego lub skupują w wielkich ilościach np. materiały włókiennicze, traktując je jako lokatę. [...] Jest to swoista forma walki klasowej ze strony spekulacyjnych elementów kapitalistycznych [...]. Rzecz jasna [...] musi spotkać się ze zdecydowanym odporem ze strony Państwa i klasy robotniczej. Walka ze spekulacją została zaostrożona, a nasilenie jej winno się wzmacniać systematycznie. Walka ze spekulacją nie może być jednak wyłącznie dziełem organów represyjnych. Musi być ona prowadzona przy współdziałaniu ogółu pracujących⁴⁷.

Ze szpiegostwem, a przede wszystkim brakiem należytej ochrony tajemnicy, miał „walczyć” dekret z dnia 26 października 1949 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej⁴⁸. Akt ten wchodził w miejsce nie tylko art. 289 k.k. z 1932 r. dotyczącego ujawnienia tajemnicy urzędowej, ale także szeregu przepisów odnoszących się do odpowiedzialności karnej za szpiegostwo, przede wszystkim określonych w art. 159—160 Kodeksu karnego Wojska Polskiego z dnia 23 września 1944 r.⁴⁹, oraz art. 6—9 Dekretu z dnia 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa⁵⁰. Warto podkreślić jednak, że art. 16 tego dekretu nie wymieniał jako uchylonych odpowiednich przepisów m.k.k. Co więcej, z treści jego przepisów nie wynikało, jaką część ogólną stosować, wojskową czy powszechną i jakie kategorie potencjalnych sprawców przestępstw oraz przed jakimi sądami będą odpowiadać⁵¹. Te niedopowiedzenia należy uznać za znamienne i świadczące nie tyle o niskim poziomie legislacyjnym, ile o celowym rozwiązaniu. W świetle art. 1 ust. 1 i 2 za tajemnicę państwową i służbową można było uznać wszystko⁵². Wszystko w związku z popularyzacją, „czujności wobec knońców agresorów i podżegaczy wojennych”⁵³. Bierut w swoich wypowiedziach nie ukrywał, że szczególnej ochronie należy poddać nie tylko tajemnicę państwo-

⁴⁷ B. Bierut: *Zadania Partii w walce o nowe kadry...*, s. 23.

⁴⁸ Dz.U. 1949, nr 55, poz. 437.

⁴⁹ Dz.U. 1944, nr 6, poz. 27.

⁵⁰ Dz.U. 1946, nr 30, poz. 192.

⁵¹ Notatka urzędowa Stanisława Pławskiego z dnia 29 października 1949 r. Archiwum Akt Nowych. Ministerstwo Sprawiedliwości, sygn. 285/1828, k. 223.

⁵² „Tajemnicę państwową stanowią wszelkie wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które ze względu na obronę, bezpieczeństwo lub ważne interesy gospodarcze bądź polityczne Państwa Polskiego albo państw zaprzyjaźnionych mogą być udostępnione wyłącznie osobom do tego upoważnionym (1). Rada Ministrów może w drodze uchwały szczegółowo określić zakres wiadomości, dokumentów lub innych przedmiotów jako stanowiących tajemnicę państwową” (2) — art. 1.

„Tajemnicę służbową stanowią wiadomości, dokumenty lub inne przedmioty, które ze względu na dobro służby mogą być udostępnione wyłącznie osobom do tego uprawnionym” — art. 2.

⁵³ B. Bierut: *Walka narodu polskiego o pokój i Plan Sześcioletni*. „Nowe Drogi” 1951, nr 1, s. 42.

wą i służbową, ale także tę partyjną⁵⁴. Uważał, że wymagała ona szczególnej troski, zwłaszcza w zakresie ochrony dokumentów w komitetach wojewódzkich PZPR, do których zabezpieczenia jego zdaniem podchodzono wówczas zbyt „tolerancyjnie”⁵⁵. W tym kontekście za znamienne należy uznać słowa, które Bierut wypowiedział na III Plenum KC PZPR 11 listopada 1949 r.: „Być czujnym! — oto nakaz, który powinien towarzyszyć nieustannie każdemu z nas, zarówno w każdym momencie pracy partyjnej, zawodowej i społecznej, jak i na każdym kroku zespołowego czy osobistego życia. Dopóki wróg klasowy istnieje i działa — trzeba być czujnym”⁵⁶.

Dekret z dnia 26 października 1949 r. nadawał się do tej „czujności” doskonale, rozszerzając pojęcie urzędnika także na pracowników i członków kolegialnych ciał związków zawodowych oraz organizacji społecznych i politycznych⁵⁷. Jakie były ewentualne skutki tego dekretu w odniesieniu do działaczy partyjnych, tego nie wiemy, choć w świetle krytyki Bieruta, może to być bardzo interesujące.

Z „antyludowym klerikalizmem” postanowiono walczyć za pomocą Dekretu z dnia 5 sierpnia 1949 r. o ochronie wolności sumienia i wyznania⁵⁸. Bierut mówił: „w planach sztabu zbrodniczej akcji antyludowej i antypolskiej leżało wciągnięcie również kleru do tej działalności. Dali się wziąć na lep tej gry niektórzy najbardziej reakcyjni przedstawiciele kleru, wyrządzając dużo szkód”⁵⁹.

Walkę z Kościołem toczono pod szyldem ochrony wolności i sumienia osób bezwyznaniowych. Tymczasem Bierut, w trakcie dyskusji nad projektem konstytucji PRL, wypowiadał się za wyraźnym podkreśleniem rozdziału Kościoła od państwa. Podkreślał, że wzajemne stosunki zależą „przede wszystkim od lojalnego i niedwuznacznego wykonywania zasad porozumienia przez hierarchię kościelną, od patriotycznej i lojalnej wobec państwa ludowego postawy kleru katolickiego”⁶⁰. Bierut miał na myśli oczywiście układ, jaki prymas Stefan Wyszyński podpisał 14 kwietnia 1950 r. Episkopat, za sprawą tego wymuszonego i jednostronnego w praktyce „porozumienia”, wyhamował proces niszczenia Kościoła przez komunistów, ale jednocześnie zobowiązał się do nieprzeszkadzania w dokonywanych przemianach gospodarczych, społecznych i politycznych⁶¹.

W praktyce dekretu z sierpnia 1949 r. chodziło właśnie o ściganie tych spośród przedstawicieli kleru, którzy prowadziliby działalność „antyludową”, kwa-

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Cyt. za: A. Lityński: *O praworządności „ludowej”...*, s. 169.

⁵⁷ J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski: *Ustawy karne PRL. Komentarz*. Warszawa 1965, s. 141.

⁵⁸ Dz.U. 1949, nr 45, poz. 334.

⁵⁹ B. Bierut: *Zadania Partii w walce o nowe kadry...*, s. 28—30.

⁶⁰ Cyt. za: M. Rybicki: *Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej...*, s. 339.

⁶¹ J. Żaryn: *Kościół w PRL*. Warszawa 2004, s. 25.

lifikowaną jako antypaństwowa i w rozumieniu Bieruta „niełojalna”⁶². Samo przygotowanie do „nadużywania wolności wyznania i sumienia w celach wrogich ustrojowi Rzeczypospolitej Polskiej” było zagrożone karą więzienia (art. 8).

Po chwilowej „odwilży” po podpisaniu porozumienia z władzami represje wobec Kościoła uległy nasileniu. Brak lojalności przedstawicieli kleru, o której wspominał Bierut, pozwalał na zupełnie dowolne oskarżanie i skazywanie z niemal każdego przepisu ówczesnego prawa karnego, czego proces biskupa Czesława Kaczmarka był dobitnym przykładem⁶³.

Bierut głosił również, że zachodzi konieczność wzmożenia sankcji za nieusprawiedliwione opuszczanie godzin pracy⁶⁴. Remedium na to zjawisko miała stanowić Ustawa z dnia 19 kwietnia 1950 roku o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy⁶⁵. I chociaż mogłoby się wydawać, że chodziło wyłącznie o rodzaj odpowiedzialności porządkowej, to jednak ustawa podążała znacznie dalej, przewidując odpowiedzialność karnosądową (art. 7 i nast.). Bierut podkreślał, że akt ten został przyjęty przez ogół robotniczy ze „rozumieniem i aprobatą”⁶⁶. I chociaż nie wiemy, jak było naprawdę, to z dużym prawdopodobieństwem możemy stwierdzić, że była to po prostu propaganda.

W odniesieniu z kolei do sfery zewnętrznej, Bierut również nie pozostawił złudzeń, jeśli chodzi o tzw. akcję prawną nowej władzy. Na wspólnym plenarnym posiedzeniu Komitetu Centralnego PZPR i Komisji Kontroli Partyjnej przy KC w dniach 20—21 kwietnia 1949 r. powiedział: „Historyczne doświadczenie uczy, że imperialiści i elementy kapitalistyczne wewnątrz kraju, pobięte w masowej walce politycznej, przechodzą w coraz silniejszym stopniu do stosowania metod szpiegostwa, sabotażu i dywersji. Dla nikogo, kto trzeźwo patrzy na rozwój wypadków, nie może ulegać wątpliwości, że imperialistyczni organizatorzy wojny, korzystając z pomocy swych agentów wewnątrz kraju, będą się starali przez sabotaż i dywersję zahamować rozwój naszej gospodarki, potężnego czynnika walki o pokój [...]. Trzeba zrozumieć, że nie wystarczy tylko dbać o wzrost produkcji i o jej jakość, ale trzeba bezwzględnie i koniecznie chronić tę produkcję przed ciosami wroga, sabotażysty i dywersanta. Wymaga to postawienia zadania ochrony naszego przemysłu i całości naszej gospodarki jako zadania pierwszorzędnej wagi, wymaga to skończenia z wszelkim liberalizmem w tej dziedzinie, wymaga to ścisłej ochrony tajemnicy i produkcyjnej, ochrony zakładów przemysłowych, wzmożenia środków przeciwpożarowych, organizacji stałych, prewencyjnych remontów przeciwwawaryjnych, pilnego i wnikliwego badania każdego uszkodzenia, czujności w doborze kadr, wyma-

⁶² „Kto nadużywa wolności wyznania i sumienia w celach wrogich ustrojowi Rzeczypospolitej Polskiej, podlega karze więzienia od lat trzech” (art. 8).

⁶³ A. Lityński: *Historia prawa Polski Ludowej*. Warszawa 2005, s. 107—108.

⁶⁴ B. Bierut: *Zadania Partii w walce o nowe kadry...*, s. 23—25.

⁶⁵ Dz.U. 1950, nr 20, poz. 168.

⁶⁶ B. Bierut: *Zadania Partii w walce o nowe kadry...*, s. 25.

ga to przede wszystkim poważnego wzmożenia i zaostrzenia czujności partii, organów gospodarczych, organów bezpieczeństwa i szerokich mas robotniczych⁶⁷. Bierut jednocześnie przestrzegał, że opór i walka „elementów reakcyjno-kapitalistycznych” będą się nasilały i przybierały coraz poważniejsze formy⁶⁸.

Bierut podkreślał, że zagrożenie czyha nie tylko ze strony zagranicznych agentów oraz ich krajowych „pomocników”, ale także ze strony pewnej części emigracji powojennej, którą określił mianem „sprzedajnych mętów z wysługującego się przed wojną Hitlerowi obozu, wyzutyk z wszelkiego sumienia i poczucia odpowiedzialności przed narodem”⁶⁹. Oni właśnie, jego zdaniem, usiłowali „przeniknąć podstępnie, aby szpiegostwem i sabotażem, rabunkiem, wrogą plotką, przebiegłym szkodnictwem, skrytą dezorganizacją hamować wielkie osiągnięcie polskich mas pracujących”⁷⁰. Nie ma wątpliwości, że chodziło o tzw. rząd sanacyjny (na uchodźstwie), który „narzucił narodowi przemocą i oszustwem antyludową konstytucję faszystowską, aby zlikwidować resztki praw i swobód demokratycznych”⁷¹. To ostatnie stwierdzenie brzmiało wręcz jak opis czynu zabronionego z tzw. dekretu o faszyzacji⁷². Nie ulegało wątpliwości, że rzeczywistość powojenną wypełnią nie tylko rewolucja społeczna i gospodarcza, ale także porachunki z przedwrześniowymi przeciwnikami politycznymi. Miało się to odbywać dzięki nowemu ustawodawstwu i „zreformowanemu” wymiarowi sprawiedliwości, który, jak trafnie powiedział Bierut, miał służyć „represji”. Wszystko po to, aby mieć możliwość przypisywania wrogom politycznym najcięższych zbrodni, na równi z tymi, jakich dopuszczali się zbrodniarze nazistowscy. To była chyba najohydniejsza perfidia, albowiem naruszono zasadę *nullum crimen (poena) sine lege* i *lex retro non agit* w celach w istocie „porachunkowych”⁷³. Był to jaskrawy przykład na to, że nowa władza ludowa nie cofnie się przed niczym, a słowa Bieruta stanowiły tego zapowiedź.

⁶⁷ Idem: *Zadanie Partii w walce o pokój*. „Nowe Drogi” 1949, nr 2, s. 47.

⁶⁸ Idem: *Istota sojuszu robotniczo-chłopskiego na obecnym etapie*. „Nowe Drogi” 1950, nr 5, s. 24.

⁶⁹ Idem: *Doświadczenia dziesięciolecia*. „Nowe Drogi” 1949, nr 4, s. 19.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem, s. 5.

⁷² Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyzację życia państwowego (Dz.U. 1946, nr 5, poz. 46).

⁷³ A. Lityński: *O prawie i sądach...*, s. 113—114.

Zakończenie

Zapatrywania Bolesława Bieruta na prawo i jego podstawy ideologiczne w tzw. stalinowskim okresie polskiej rewolucji, nie sposób lekceważyć. W ustroju totalitarnym poglądy głowy państwa i szefa jedynej partii stanowiły bowiem źródło inspiracji legislacyjnych. Akty prawne nie wymagały uzasadniania, albowiem z zasady musiały być zgodne z założeniami ideologicznymi głoszonymi przez partię.

Postać Bieruta jest również charakterystyczna, albowiem jako osoba niebędąca prawnikiem, w swoich wypowiedziach opisywał rzeczywiste oblicze tworzonego systemu prawa. Miał rację, że organy wymiaru sprawiedliwości były „organami represji”, bo też nie o sprawiedliwość w ich działaniu chodziło. Miał również rację, mówiąc, że prawo jest narzędziem walki ze wszechogarniającą dywersją i sabotażem, a w istocie środkiem eliminacji wrogów państwa ludowego. Mówił również prawdę, twierdząc, że ówczesne prawo nie jest w istocie wartością samą w sobie, a jest przede wszystkim instrumentem, narzędziem ciągłej walki klasowej. I były to wszystko poglądy, które głosił również „ojciec rewolucji proletariackiej” Włodzimierz Uljanow. Z punktu widzenia Polski jednak ważne, ponieważ przeniesione na ojczysty grunt.

To, że Bierut z kolei nie odnosił się wprost do prawa karnego, można również uznać za charakterystyczne. W ustroju opartym bowiem na kłamstwie nie liczy się to, co się mówi, ale liczy się to, czego się nie mówi, tym bardziej jeżeli jednocześnie — zamiast tego — podaje się uzasadnienie ideologiczne podejmowanych działań „aparatu represji”. Władza ludowa niechętnie wprost odnosiła się do „narzędzi represji”. Bardzo zręcznie maskowano ich działanie odwoływaniem się do upolitycznionej „praworządności ludowej”⁷⁴.

Nie może ulegać wątpliwości, że w ustroju totalitarnym prawo karne ma podstawowe znaczenie. Widać to również w wypowiedziach Bieruta. Sprawia to, że badając jego funkcjonowanie, nie powinniśmy tracić z pola widzenia słów osób odpowiedzialnych za jego polityczną podstawę. W nich bowiem kryło się nie tylko jego *ratio legis*, podstawy wykładni i praktycznego stosowania, ale wręcz ostrzeżenie dla rzeczywistych i wymaganych przeciwników władzy reprezentowanej przez B. Bieruta⁷⁵.

Nie wiemy oczywiście, czy te wszystkie poglądy, jakie głosił Bolesław Bierut na temat prawa i jego reformy, były jego przemyśleniami, czy najzwyczajniej ktoś mu te tezy przygotowywał. Osobiście wątpię, aby Bierut był ich autorem, zwłaszcza zestawiając je z wypowiedziami ministra H. Świątkowskiego. Najistotniejsze jednak jest to, że to Bierut je wygłaszał i że się pod nimi podpisywał jako głowa państwa i partii.

⁷⁴ Idem: *O praworządności „ludowej”...*, s. 173.

⁷⁵ M. Gałęziowska: *Socjotechniczne cele...*, s. 186.

Tomasz Szczygieł

Bolesław Bierut zum Recht und dessen ideologischen Grundlagen in Polen bis 1952

Schlüsselwörter: Bolesław Bierut, Polnische Vereinigte Arbeiterpartei, Recht, Volksrepublik Polen

Zusammenfassung: In dem Beitrag wird das Thema behandelt, inwiefern Politik und Ideologie die Entwicklung der Volksrepublik Polen zur Zeit des stalinistischen Regimes beeinflusst haben. Obwohl diese Wechselwirkung das ganze Rechtssystem umfasste, war sie besonders im Bereich des Verfassungs- und Strafrechtes bemerkbar.

Bolesław Bierut ist ein Beispiel dafür, dass die Aussagen der höchsten Vertreter der damaligen Obrigkeit für Entwicklung und praktische Anwendung des Rechtes nicht bedeutungslos waren. Ideologieverseuchte Reden Bieruts waren die Grundlage für den damals stattfindenden Wandel und begründeten die gegen reale und imaginäre Feinde der neuen Macht ergriffenen Repressionsmaßnahmen. Das Recht wurde zum Werkzeug der revolutionären Umwandlungen.

Tomasz Szczygieł

Bolesław Bierut on Law and Its Ideological Foundations in Poland before 1952

Keywords: Bolesław Bierut, Polish United Workers' Party, Polish People's Republic

Summary: This article addresses the impact of politics and ideology on the development of law in the Polish People's Republic during the Stalinist period. The entire legal system was influenced, and it was mostly visible within constitutional law and criminal law.

Bolesław Bierut's persona demonstrates that statements made by the then highest ranks of the state apparatus were not without significance for the development and practical application of law. Abundant with ideology, Bierut's addresses were a foundation for the continuing transformations and justification for increasing repressive measures against actual and imagined enemies of the new authority. A tool for the revolutionary changes was the law.

WERONIKA SZAFRAŃSKA
Katowice

Vom Enumerationsprinzip zur Generalklausel in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Deutschland und Polen im Rechtsvergleich*

I. Einleitung

Heutzutage besteht es kein Zweifel daran, dass staatliches Handeln kontrolliert werden muss. Egal ob durch unabhängige Behörden, ordentliche Gerichte oder speziell dafür geschaffene Verwaltungsgerichte — es ist eine Pflicht des Rechtsstaats, den Rechtsschutz der Einzelnen auf einem geeigneten Niveau zu garantieren. Nach vielen Jahren der Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht man jedoch klar, dass es möglich ist, solche Kontrolle auf sehr viele Weisen zu begrenzen, was verschiedene Regierungen (Regime) für ihre eigenen Zwecke missbrauchen.

Das Ziel dieser Arbeit ist es, eine dieser Möglichkeiten der Begrenzung im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten näher zu präsentieren. Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber sich für eine objektive Rechtskontrolle oder Schutz

* Der Text entstand als eine Seminararbeit im Rahmen des Seminars von Professorin Dr. Ute Mager und Professor Dr. Ekkehart Reimer — „*Rechtsschutz im Wandel? Die öffentlichen Gerichtsbarkeiten unter dem Einfluss von Effizienzsteigerung und Europäisierung*“ im Sommersemester 2016 an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

der subjektiven Rechte im Verwaltungsgerichtsverfahren entschied, kann die Kontrolle der Verwaltung wegen der Einschränkungen bei der Festlegung des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle durch Vorschriften begrenzt werden. Zu diesem Ergebnis führt die Anwendung des sog. Enumerationsprinzips statt der Generalklausel.

In dieser Arbeit werden auch die entsprechenden damaligen und heute geltenden Vorschriften in Bezug auf die Eröffnung des Verwaltungsgerichtswegs in den deutschen und polnischen Gesetzen kurz beschrieben, um noch ausdrücklicher zu zeigen, wie sich diese Bestimmungen im Laufe der Zeit und während der Gestaltung des Rechtsstaats und des Demokratieprinzips änderten.

II. Gerichtlicher Rechtsschutz und Modelle der Gerichtsbarkeit

Mit der Annahme der Gewaltenteilungslehre von Montesquieu und der Entwicklung des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips bekamen die Bürger eine Möglichkeit, die Handlungen der öffentlichen Verwaltung anzufechten. Die Kontrolle der Verwaltung entstand dadurch, dass die Beziehungen zwischen dem Einzelnen und dem Staat (seinen Organen) durch Rechtsnormen reguliert wurden. Es wurde möglich, den Rechtsschutz nach transparenten Regeln zu garantieren¹.

Man unterscheidet zwischen einem weiten und einem engen Typ der Verwaltungskontrolle. Bei ersterem handelt es sich um jede Kontrolle des staatlichen Handelns, welche auf gesetzlicher Grundlage basiert, abgesehen davon, ob sie durch ein Gericht oder eine andere Behörde (z.B. durch einen Ombudsmann) ausgeübt wird. Die Kontrolle im engeren Sinne fällt hingegen nur in die Kompetenz der unabhängigen Richter². Systematisch können wir auch zwischen verwaltungsinterner (in den hierarchischen Strukturen der Verwaltungsbehörden) und verwaltungsexterner (parlamentarische, gerichtliche) Kontrolle unterscheiden³.

Der Begriff „Rechtsschutz“ wurde treffend durch M. Sachs beschrieben — „Recht“ könne hier den Gegenstand des Schutzes bezeichnen (was die

¹ J. Jagielski: *Kontrola administracji publicznej*. Warszawa 2012, S. 141.

² W.L. Jaworski: *Nauka prawa administracyjnego: zagadnienia ogólne*. Warszawa 1924, S. 18.

³ M. Wierzbowski, A. Wiktorowska: *Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego*. W: *Polskie prawo administracyjne*. Red. J. Służewski. Warszawa 1995, S. 20.

Gerichte kontrollieren), sei aber auch das Mittel des Schutzes (also wie sie das machen)⁴.

Arten und Aufgaben der gerichtlichen Kontrolle

Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung können nur unabhängige und unparteiische Gerichte gewährleisten. Es bleibt jedoch die Frage offen: Soll diese Aufgabe durch ordentliche Gerichte oder nur durch dazu geschaffene besondere Gerichte erfüllt werden? Die Lösung dieses Problems ist mit dem herrschenden Rechtssystem der Staaten verbunden. In Staaten mit einer Common-Law-Tradition werden die Streitigkeiten zwischen der Verwaltung und dem Bürger durch ordentliche Gerichte entschieden (sog. angelsächsisches System). Demnach gibt es beispielsweise in Großbritannien, den Vereinigten Staaten, Australien, Kanada, aber auch Japan, Spanien, Dänemark oder Norwegen keine Verwaltungsgerichte. Die besonderen Gerichte entstanden in Ländern, in welchen die Abgrenzung zwischen dem öffentlichem Recht und dem Privatrecht sehr stark ausgeprägt ist (sog. Kontinentalsystem, auch französisches System). Neben Frankreich sind dies unter anderem Deutschland, Polen, Italien, Portugal, Holland oder Finnland. Manche Autoren unterscheiden aber auch nach einem gemischten System, in dem auch öffentliche Streitigkeiten kraft der besonderen Gesetze vor ordentlichen Gerichten anfechtbar sind (z.B. Deutschland und Polen)⁵.

Das System der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung kann man auch aufgrund des Umfangs der Entscheidungsbefugnisse der Verwaltungsgerichte in ein kassatorisches und ein reformatorisches Modell unterteilen⁶. Als Urfassung des Ersteren wurde der im Jahr 1876 in Österreich gegründete Verwaltungsgerichtshof betrachtet⁷. In diesem Modell, welches in Polen rezipiert wurde, können die Urteile die Verwaltungsentscheidungen nicht ersetzen (oder zumindest nur in außergewöhnlichen Fällen). Im zweiten Modell vertreten die Richter gewissermaßen die Verwaltungsorgane — zusammen mit der Kontrolle des Handelns entscheiden die Spruchkörper meritorisch über die Verwaltungs-

⁴ M. Sachs: *Grundsatzfragen der Effektivität des Rechtsschutzes*. In: *Effektiver Rechtsschutz im Umweltrecht? — Stand aktuelle Entwicklungen, Perspektiven*. Hrsg. W. Erbguth. Baden-Baden 2005, S. 15.

⁵ Vgl. D. Malec, J. Malec: *Historia administracji i myśli administracyjnej*. Kraków 2003, S. 225; A. Wróbel. In: K. Chorąży, W. Taras, A. Wróbel: *Postępowanie administracyjne, egzekucyjne i sądowniczoadministracyjne*. Warszawa 2009, S. 241.

⁶ Z. Kmieciak. In: *Polskie sądownictwo administracyjne*. Red. Z. Kmieciak. Warszawa 2010, S. 1 ff.

⁷ Vgl. T. Olechowski: *Zwischen Kassation und Reformation. Zur Geschichte der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis*. „Österreichische Juristen-Zeitung“ 1999, Bd. 16, S. 581 ff.

sache (Streitgegenstand). Das deutsche System basiert heutzutage im Prinzip auch auf dem kassatorischen Entscheidungsmodell — mit Rücksicht auf die sog. Letztentscheidungsermächtigung der Verwaltung⁸.

Die zwei oben genannten Modelle verbinden sich mit zwei Funktionen des gerichtlichen Rechtsschutzes: der objektiven Rechtskontrolle und dem Schutz der subjektiven öffentlichen Rechte⁹. Obwohl in der Lehre hervorgehoben wird, dass das kassatorische Modell eher mit dem Schutz der objektiven Rechtsordnung und das meritorische Modell eher mit dem Schutz der subjektiven Rechte gleichgesetzt werden sollten, verneint die deutsche VwGO diese Ansicht¹⁰.

Objektive Rechtskontrolle und Subjektiver Rechtsschutz — Begriffe des Enumerationsprinzips und der Generalklausel

Diese zwei Modelle wurden von herausragenden Vertretern der deutschen Rechtslehre im 19. Jahrhundert während der Diskussion über Notwendigkeit der selbstständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit bearbeitet. Beide waren ein Muster für zwei verschiedene verwaltungsgerichtliche Systeme in den nord- und süddeutschen Ländern¹¹.

Der preußische Jurist und Politiker Rudolf von Gneist (1816—1895), der führende Fürsprecher einer eigenständigen und unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit war, befürwortete als Hauptfunktion der Verwaltungsgerichte den Rechtsschutz der objektiven Rechtsordnung (Modell des objektiven Rechtsschutzes)¹². Das wichtigste war für ihn die Kontrolle der richtigen Anwendung des Gesetzes durch die Verwaltung — die Bewahrung der Rechtsordnung¹³. Dieses System nahm die Überlegenheit des Allgemeininteresses über dem Individualinteresse an. Ein Hauptkriterium der Kontrolle ist hier vor allem die Rechtmäßigkeit des Handelns der hoheitlichen Behörden¹⁴.

⁸ E. Schmidt-Aßmann: *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin—Heidelberg 2004, S. 215—216.

⁹ Z. Kmiecik: *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne a prawo europejskie*. Warszawa 2009, S. 103—104.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Vgl. F. Hufen: *Verwaltungsprozessrecht*. München 2016, S. 27.

¹² R. von Gneist: *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*. Berlin 1966 — przedruk wyd. 2. z 1879, S. 265 ff.; Vgl.: R. von Gneist: *Über die rechtliche Natur, die Zuständigkeit und die Verhandlungsform der Verwaltungsjurisdiction*. In: 12. Deutscher Juristentag 1875, Bd. 3, S. 225—226.

¹³ R. von Gneist: *Der Rechtsstaat und...*, S. 270.

¹⁴ Vgl. W. Krebs: *Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle*. In: *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag*. Hrsg. H.-U. Erichsen, W. Hoppe, A. von Mutius. Köln 1985, S. 191 ff.

Andererseits bezeichnete Gneist die subjektiv öffentlichen Rechte als „publizistische Individualrechte“, die nur als Rechtsreflex geschützt werden können — die objektive Richtigkeit der Verwaltungsentscheidungen stehe an erster Stelle, die Rechte von Einzelnen seien nur sekundär¹⁵.

Gneist sprach sich zusätzlich für das Enumerationsprinzip aus, also für die Aufzählung der Formen des staatlichen Handels, die vor dem Gericht angefochten werden können (dies kann jedoch auch in Gesetzen über die Zusammenstellung von sachlichen Angelegenheiten aufgeführt werden, in welchen die Zuständigkeit eines Gerichts begründet ist). Gneist dachte, dass die Generalklausel — also die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit alle Formen des Verwaltungshandelns durch Gerichte kontrollieren zu lassen — eine Rechtsverletzung des Einzelnen als Voraussetzung habe, also dem subjektiven Rechtsschutz entspreche¹⁶. Dieses Modell (als „norddeutsches“ oder „preußisches“ bezeichnet), wurde vor allem in Preußen, aber auch in z.B. Sachsen, Hessen, Braunschweig, oder Hamburg rezipiert¹⁷. Die Konzeption wurde zudem von Otto Mayer ergänzt¹⁸.

Die zweite Idee der Gestaltung des Rechtsschutzes gegen Handeln der Verwaltung (süddeutsches Modell) ist das Lebenswerk von Otto Bähr (1817—1895), das weiter durch Otto Sarwey entwickelt und präzisiert wurde¹⁹. Die Organisation der Kontrolle hatte für Bähr zweitrangige Bedeutung, aber weil er den Staat als Genossenschaft der Nation (Staatsrecht war für ihn eine Art des Genossenschaftsrechts) auffasste, war es für ihn möglich, die Entscheidung an die ordentliche Gerichtsbarkeit zu übertragen²⁰. Für den deutschen Juristen war jedoch der Schutz der individuellen Rechtssphäre (subjektive Rechte) die wichtigste Aufgabe des Gerichts (Modell des subjektiven Rechtsschutzes). Die Klage ist also nach seiner Konzeption nur dann begründet, wenn eine Person über ein subjektives öffentliches Recht verfügt, das durch rechtswidriges Handeln der Verwaltung (ihren unrechtmäßigen Eingriff) verletzt wurde. Angesichts dieses Verständnisses war Bähr der Meinung, dass nur Generalklauseln als Mittel für den lückenlosen Individualrechtsschutz des Einzelnen gegen die hoheitliche Gewalt dienen dürften²¹.

¹⁵ R. von Gneist: *Der Rechtsstaat und...*, S. 271—272.

¹⁶ Idem: *Über die rechtliche Natur...*, S. 232.

¹⁷ W. Kohl: *Das Reichsverwaltungsgericht. Ein Beitrag zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*. Tübingen 1999, S. 26.

¹⁸ O. Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*. Bd. 1. Berlin 1924, S. 131—132.

¹⁹ O. von Sarwey: *Das öffentliche Recht und Verwaltungspflege*. Tübingen 1880, S. 19 ff.

²⁰ O. Bähr: *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Studie*. Kassel—Göttingen 1864, S. 68.

²¹ *Ibidem*, S. 35 ff.

III. Der Weg zur Generalklausel in Deutschland

Die geltenden Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes übernahmen aus dem ersten oben genannten Modell des Rechtsschutzes die Kontrolle durch separate Verwaltungsgerichtsbarkeit und aus der süddeutschen Konzeption den subjektiven Rechtsschutz, der auf der Generalklausel basiert. Der zweigleisige Weg von dem Enumerationsprinzip bis zur Generalklausel wurde innerhalb von mehr als 150 Jahren der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch diese zwei Modelle und den Ansichten ihrer Vertreter geprägt.

Von Gneist in die Gegenwart

Am Anfang der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem deutschen Gebiet verstand man unter dem Begriff „Rechtsschutz“ eigentlich nur die Aufhebung von belastenden Verwaltungsakten²². Die Klage gegen anderes Verwaltungshandeln war der Vorstellung damaliger Juristen und Politiker noch fremd²³. Gleichzeitig begrenzten die Mehrheit der Gesetzgeber durch Enumeration die Menge der Verwaltungsstreitigkeiten, die vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden können²⁴.

Als erstes Land errichtete Baden im Jahre 1863 eine von der Verwaltung getrennte Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁵. Obwohl § 4 Abs. 1 Ziff. 1 eindeutig eine Rechtsverletzung als Voraussetzung festlegte, dienten als Grundlage für die Vorschriften in Bezug auf die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs die Erwägungen von Gneist. Nur die im Gesetz genannten Rechtsgebiete unterlagen der Kontrolle des Gerichts. Im Jahre 1884 wurden die Kontrollkompetenzen des Verwaltungsgerichts nach dem Vorbild der preußischen Gesetze über Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁶ geändert und auf alle Polizeiverfügungen, was ein Ausdruck der Generalklausel war, ausgeweitet²⁷. Es lässt sich feststellen, dass

²² W. Kohl: *Das Reichsverwaltungsgericht...*, S. 31.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Vgl. P. Fiedorczyk: *Podstawy prawne działalności Najwyższego Trybunału Administracyjnego w II Rzeczypospolitej*. W: „Miscellanea Historico-Iuridica Białostocensia”. Red. P. Fiedorczyk, A. Nowakowski. Białystok 1995, S. 184; H. Izdebski: *Historia administracji*. Warszawa 1984, S. 81.

²⁵ Gesetz, die Organisation der inneren Verwaltung betreffend vom 5.10.1863. Großherzoglich badisches Regelungsblatt 1863, S. 399—414.

²⁶ Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30.07.1883. Preußische Gesetzsammlung 1883, S. 195—236; Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1.08.1883. Preußische Gesetzsammlung 1883, S. 237—292.

²⁷ W. Kohl: *Das Reichsverwaltungsgericht...*, S. 32.

sich in Preußen ein sog. Mischsystem, bestehend aus einem starken Enumerationsprinzip mit einer Generalklausel für polizeiliche Verfügungen, bildete. Solche Regelungen wurden auch in Baden, Mecklenburg, Oldenburg, Anhalt, Hessen, Braunschweig und Thüringen (dort bis 1923) rezipiert²⁸. Obwohl gem. diesen Vorschriften für die zahlreichen Verwaltungsstreitigkeiten die Möglichkeit der Erhebung einer Klage berücksichtigt wurde, bezeichneten die Vertreter der Rechtslehre, wie z.B. W. Jellinek, diese Lösung als rückständig²⁹. Die Mehrheit von Normen über die Zuständigkeit enthielten die Spezialgesetze, was Anwendung und Auslegung sehr erschwerte³⁰.

In Württemberg (und auch in Sachsen, Lübeck, Hamburg oder Bremen) entschied sich der Gesetzgeber im Gegensatz dazu für eine Generalklausel. Die Rechtsbeschwerde (also Klage) war „gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden“³¹ möglich³².

In der Weimarer Republik brach eine Diskussion über die Änderung der Methode für die Formulierung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs aus. Hervorragende Juristen wie W. Jellinek, B. Drews oder O. Bühler optierten für Einführung der Generalklausel³³. Die Gegner waren der Meinung, dass eine solche Lösung mit zu vielen unscharfen Begriffen verbunden sei, wie z.B. subjektive öffentliche Rechte³⁴. Solche Klauseln wären ein unscharfer Rechtsbegriff gewesen. Und obwohl die Mehrheit sie befürwortete, war ihre Begrenzung ein Konfliktherd — jeder wollte es auf andere Weise angehen: durch Ausschluss von Zweckmäßigkeit als Kriterium der Kontrolle, Beschränkung der Klausel auf die Verletzung subjektiver Rechte, usw.³⁵. Wegen dieser Meinungsdivergenzen gelang es nicht, ein neues Gesetz über Verfahren vor Verwaltungsgerichten zu entwerfen und zu verabschieden³⁶.

Da in NS-Zeiten der Gegensatz von Staat und Gesellschaft überwunden wurde³⁷, und der Einzelne nur als Glied des Volkes wahrgenommen wurde, war die Trennung zwischen öffentlichem und Privatrecht, also somit auch die

²⁸ Ibidem.

²⁹ W. Jellinek: *Verwaltungsrecht*. Berlin—Heidelberg 1948 — przedruk wyd. 2. z 1931, S. 313—315.

³⁰ W. Kohl: *Das Reichsverwaltungsgericht...*, S. 33.

³¹ Art. 13 ust. 1 — Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16.12.1876. Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1876, S. 485—512.

³² W. Kohl: *Das Reichsverwaltungsgericht...*, S. 33.

³³ M. Ibler: *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen: von Preussischen Obergericht bis zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht*. Tübingen 1999, S. 283.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Vgl. B. Drew: *Grundzüge einer Verwaltungsreform*. Köln 1919, S. 21 ff.

³⁶ M. Ibler: *Rechtspflegender Rechtsschutz...*, S. 284.

³⁷ T. Maunz: *Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung*. In: *Deutsches Verwaltungsrecht*. Hrsg. H. Frank. München 1937, S. 35.

Ausgliederung der subjektiven öffentlichen Rechte, nach h. M. unnötig³⁸. Aus diesem Grund sollte die Verwaltungsgerichtsbarkeit „der Verwirklichung des Rechts schlechthin“, also der objektiven Rechtskontrolle dienen³⁹. Der gerichtliche Rechtsschutz in Länder wurde in dieser Zeit systematisch z.B. durch Ausschluss der Klagen gegen die Verfügungen der Staatspolizei, eingeschränkt, obwohl die konkreten Vorschriften mit Generalklausel in verschiedenen Landesgesetzen als solche nicht geändert wurde⁴⁰ — die Veränderungen in den einfachen Gesetzen waren andererseits für Bürger nicht auf den ersten Blick erkennbar, was durch Gesetzgeber beabsichtigt war.

In der DDR durften die ordentlichen Gerichte nur ausnahmsweise auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts entscheiden — die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde im Jahre 1952 (bis 1.07.1989) abgeschafft⁴¹.

Nach dem Zweiten Weltkrieg war für den deutschen Rechtsgeber klar, dass die individuellen Rechte der Bürger im Vordergrund stehen müssen. Er verwirklichte dies in Art. 19 Abs. 4 des GG, der die Grundlage für das neue Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz bildete. Der Gesetzgeber war gleichzeitig davon überzeugt, dass der gerichtliche Schutz weit gestaltet werden musste, um die Rechtssphäre des Einzelnen gegenüber dem staatlichen Handeln lückenlos zu schützen⁴². Das Prinzip der Lückenlosigkeit des Individualrechtsschutzes führte zur Verdrängung des Enumerationsprinzips zugunsten der Generalklausel in Form der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit.

Öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne der Generalklausel

Schon seit 1949 arbeitete ein Sachverständigenausschuss an einem Entwurf der neuen Verwaltungsgerichtsordnung. Sie wurde von der Bundesregierung in den drei folgenden Wahlperioden des Deutschen Bundestags präsentiert und mit den Modifikationen des Bundesrats am 21. Januar 1961 verabschiedet⁴³.

§ 40 VwGO, der den Umfang der verwaltungsrechtlichen Kontrolle bildet, beruht auf den § 22 der Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetze in der amerikani-

³⁸ Vgl. M. Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 3. München 1999, S. 338—339; A. Köttgen: *Deutsche Verwaltung*. Berlin 1944, S. 192.

³⁹ T. Maunz: *Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Hamburg 1934, S. 55.

⁴⁰ Vgl. H.R. Külz: *Verwaltungskontrolle unter den Nationalsozialismus*. „Kritische Justiz“ 1969, Nr. 5, S. 367 ff.

⁴¹ C.H. Ule: *Gesetzlichkeit in der Verwaltung durch Verwaltungsverfahren und gerichtliche Kontrolle in der DDR*. „Deutsches Verwaltungsblatt“ 1985, Nr. 19, S. 1029.

⁴² G. Frank, H.W. Langrehr: *Verwaltungsprozeßrecht. Eine systematische Darstellung*. Heidelberg 1987, S. 11.

⁴³ Vgl. M. Pagenkopf: *150 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*. Stuttgart 2014, S. 143 ff.; Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.01.1960 (BGBl. I, S. 17), Neubekanntmachung vom 19.03.1991 (BGBl. I, S. 686).

schen Zone⁴⁴ und § 22 der Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone⁴⁵ nach dem Zweiten Weltkrieg. Das zweite Gesetz wurde durch Walter Jellinek, (Vorsitzender des auf Anregung der US-amerikanischen Militärregierung gegründeten Ausschusses) erarbeitet⁴⁶. Im Jahre 1949 wurde die Generalklausel zusätzlich durch Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich verstärkt⁴⁷. Die radikale Umwandlung des Rechtsschutzsystems, welches den Einzelnen vor dem objektiven System, das in III. Reich herrschte, schützte, zu dem subjektiven System, war nur mit Anwendung von Generalklauseln möglich, die das höchste Niveau des Schutzes der subjektiven öffentlichen Rechte absichern, weil sie ein lückenloses System bilden⁴⁸.

Es ist unmöglich die öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art komplett zu definieren. Als Schlüsselnorm, die den Weg zur Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet, erfüllt § 40 Abs. 1 VwGO sehr viele Funktionen: Erstens ermöglicht sie es alle Tätigkeiten der Verwaltung, also nicht nur Verwaltungsakte, anzufechten⁴⁹. Was in Polen mit dem Begriff „verwaltungsgerichtliche Angelegenheit“ i.V.m. einem erschöpfenden Katalog von Arten der anfechtbaren Handlungen der Verwaltung erreicht wurde, erzielte der deutsche Gesetzgeber mit dem Begriff der „öffentlich-rechtlichen Streitigkeit“. Zweitens dient § 40 I S. 1 VwGO als Sondervorschrift zu § 13 GVG der Abgrenzung zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Verfassungsgerichtsbarkeit⁵⁰.

Interessant ist hier, im Vergleich zum polnischen Verwaltungsgerichtsverfahren, die Anwendung des Wortes „Streitigkeit“ durch den Gesetzgeber. Dieses wird in der polnischen Literatur hervorgehoben und aus dem objektiven Rechtskontrolle-Modell, das in Polen aufgenommen wurde, hergeleitet: vor dem Verwaltungsgericht hat man keine Streitigkeit zwischen zwei Parteien — Kontrolle der Verwaltung kann nicht als Streit benannt werden⁵¹. Anders ist dies jedoch im System des Rechtsschutzes der subjektiv öffentlichen Rechte. Der Einzelne versucht zu überprüfen, dass er in seinen Rechten verletzt wurden — er muss die Behörde „beseitigen“ — beweisen, dass diese etwas falsch gemacht hat.

⁴⁴ Vgl. Gesetz Nr. 39 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Bayern vom 25.09.1946. Gesetz- und Verordnungsblatt, S. 281 ff.

⁴⁵ Verordnung Nr. 165 — Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone. Verordnungsblatt für die britische Zone 1948, S. 263.

⁴⁶ M. Kaufmann: *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*. Tübingen 2002, S. 105.

⁴⁷ M. Baring: *Erhaltet die Generalklausel!* „Zeitschrift für Beamtenrecht“ 1956, S. 341.

⁴⁸ M. Ibler: *Rechtspflegender Rechtsschutz...*, S. 352.

⁴⁹ F. Hufen: *Verwaltungsprozessrecht...*, S. 145.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ J. Zimmermann: *Prawo do sądu w prawie administracyjnym*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny“ 2006, nr 2, S. 315—317.

In Deutschland hat die Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht bei der Bestimmung des Begriffes der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit die größte Bedeutung. Mit Hilfe von durch die Lehre erarbeiteten Theorien kann man die einzelnen Rechtsverhältnisse diesen oben genannten Zweigen des Rechts zuordnen, und damit auf die Frage antworten, ob für die Lösung der Streitigkeit ein ordentliches Gericht oder ein Verwaltungsgericht geeignet ist. Die älteste Theorie ist sog. Subjektstheorie — wenn in einer Streitigkeit die Behörde als eine Partei auftritt, hat man mit einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit zu tun. Da der Staat aber heutzutage auch auf dem privatrechtlichen Gebiet handeln kann, ist sie nicht präzise genug. Nicht ausreichend sind auch zwei weitere Theorien: Die Interessentheorie, die auf dem Zweck des Handels basiert und die Subordinationstheorie, die auf dem Unter- und Überordnungsverhältnis der Parteien in einer Streitigkeit beruht⁵². Wenn also eine Behörde bei einer Angelegenheit tätig ist, und sie die Situation des Einzelnen z.B. durch Verwaltungsakt gestalten kann, wäre das eine Streitigkeit die vor dem Verwaltungsgericht entschieden werden muss. Als „herrschende“ Theorie wird in der Lehre und Rechtsprechung die modifizierte Subjektstheorie (auch als Sonderrechtstheorie oder Zuordnungstheorie bezeichnet) anerkannt, obwohl alle oben genannten Theorien sich in der Praxis ergänzen. Nach dieser Theorie gehört eine Streitigkeit dem öffentlichen Recht an, wenn eine Norm einen Träger hoheitlicher Gewalt einseitig berechtigt oder verpflichtet⁵³. Als Indikator dient bei dieser Theorie die folgende „Faustregel“: bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen können beide Seiten entsprechend berechtigt oder verpflichtet sein, anders bei öffentlichen Rechtsverhältnissen, in denen nur der Staat (oder Körperschaft) berechtigt oder verpflichtet sein kann. Das Rechtsverhältnis ist also in keinem Fall umkehrbar⁵⁴.

In der neuen Rechtsprechung macht das BVerwG darauf aufmerksam, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit der verfassungsrechtlichen Art auftritt, wenn das streitige Rechtsverhältnis vom Verfassungsrecht geprägt ist⁵⁵. Die bisherige Definition der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit nach der die Rechte und Pflichten, die ein Gegenstand des Rechtsstreits bilden, ausschließlich und unmittelbar in der Verfassung geregelt sein mussten, war z.B. im Bereich der Wahlprüfungsbeschwerde unzureichend.

In Deutschland, wie auch in Polen, gibt es aber auch einige Möglichkeiten die Generalklausel zu durchbrechen. Der Gesetzgeber (auf Bundes- und Landes-

⁵² Vgl. S. Detterbeck: *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. München 2017, S. 531—532.

⁵³ Vgl. F. Hufen: *Verwaltungsprozessrecht...*, S. 149 ff.; W.-R. Schenke: *Verwaltungsprozessrecht*. Heidelberg 2017, S. 34 ff.

⁵⁴ F. Hufen: *Verwaltungsprozessrecht...*, S. 152—153.

⁵⁵ A. Hartung: *Erste Instanz*. In: *Prozesse in Verwaltungssachen*. Hrsg. M. Quaas, R. Zuck. Baden-Baden 2008, S. § 3 Rn. 32.

ebene) kann aus verschiedenen Gründen die privatrechtlichen Streitigkeiten dem Verwaltungsgericht zuweisen (sog. aufdrängende Sonderzuweisung) oder auch umgekehrt — die Zuweisung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte vorsehen (sog. abdrängende Sonderzuweisung)⁵⁶. Diese zweite Situation beruht auf den Art. 14 III 4 und Art. 34 GG, die für die Verabschiedung solcher Bestimmungen eine verfassungsrechtliche Basis geben⁵⁷.

Eine „versteckte“ Begrenzung der Generalklausel kann auch aufgrund des einfachen Rechts durchgeführt werden. Im subjektiven Rechtsschutz-Modell, in welchem der Gesetzgeber vor allem die subjektive öffentliche Rechte des Einzelnen auf dem unterverfassungsrechtlichen Gebiet gewähren muss und nicht alle aus der Verfassung genommen werden können, gibt es die Möglichkeit die Generalklausel durch eine enumerierte Anzahl von subjektiven-öffentlichen Rechte zu beschränken⁵⁸.

IV. Der Weg zur Generalklausel in Polen

Die Beschreibung der Entwicklung von polnischen Vorschriften, die die Kontrolle der Verwaltung durch Verwaltungsgerichte ermöglichen, beginnt mit der ersten Verfassung der Zweiten Polnischen Republik (*II. Rzeczpospolita*) nach dem Ersten Weltkrieg. Bis zu dieser Zeit existierte Polen wegen der Teilung zwischen Russland, Österreich und Preußen 123 Jahre lang auf der Europakarte nicht.

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach dem Ersten Weltkrieg

Schon in Art. 73 der sog. März-Verfassung vom 17. März 1921⁵⁹ wurde die Grundlage für eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit gestaltet, die über Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten auf der Land- und Kommunalebene entscheiden sollte. Da im Jahre 1918 die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit mehreren In-

⁵⁶ Vgl. H. von Sodan: § 40. In: *Verwaltungsgerichtsordnung: Großkommentar*. Hrsg. H. von Sodan, J. Ziekow. Baden-Baden 2014, S. 384 ff.

⁵⁷ A. Hartung: *Erste Instanz*. In: *Prozesse in Verwaltungssachen*. Hrsg. M. Quaas, R. Zuck. Baden-Baden 2008, S. § 3 Rn. 36.

⁵⁸ M. Ibler: *Rechtspflegender Rechtsschutz...*, S. 155.

⁵⁹ Gesetz vom 17.03.1921 — Verfassung der Republik Polen. Dz.U. 1921, nr 44, poz. 267 ze zm.

stanzen nur auf dem Gebiet des preußischen Teilungsgebietes funktionierte, auf welchem diese Gerichte nur für genau bestimmte Streitigkeiten zuständig waren (positive Enumerationsprinzip), musste polnisches Parlament ein neues Gesetz erlassen, in dem die Struktur und das Verfahren (also auch die Bedingungen für die Eröffnung des Gerichtswegs) der Verwaltungsgerichte ausgestaltet wurden. Dieses Gesetz vom 3. August 1922 über das Oberste Verwaltungstribunal⁶⁰ (*Najwyższy Trybunał Administracyjny*) sah in Art. 1 Generalklausel vor, die Überprüfung der Legalität der Anordnungen und Beurteilungen von Regierungs- und Kommunalverwaltungen zu gewährleisten. Zusätzlich war der Kläger dazu verpflichtet, auch die Verletzung seiner subjektiven Rechte zu beweisen (Art. 9 NTAU). Dieselbe Regelung fand sich auch in der späteren Rechtsverordnung des Präsidenten vom 27. Oktober 1932, die Rang eines Gesetzes hatte⁶¹. Gleichzeitig beschränkten aber beide Rechtsakte die Generalklausel durch die Aufzählung von Ausnahmen (sog. negatives Enumerationsprinzip), die nicht an die verwaltungsgerichtliche Gerichtsbarkeit zugewiesen wurden, z. B. Angelegenheiten, die an die ordentliche oder besondere Gerichte verwiesen wurden, Ermessenentscheidungen der Verwaltung, Angelegenheiten, die Kriegshandlungen betrafen, diplomatische und konsularische Angelegenheiten. NTA konnte auch nicht über Ernennungen zu öffentlichen Ämtern entscheiden, sofern es sich nicht um die Verletzung der Rechtsvorschriften in Bezug auf die Anmeldung von Kandidaten ging.

Leider gelang es bis zum nächsten Weltkrieg nicht, eine zweite Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu schaffen. Es fehlte an Geld und ausgebildeten Richtern. NTA wurde im Jahre 1939 aufgelöst. Bis zum Jahr 1980 gab es in Polen keine Verwaltungsgerichtsbarkeit mehr, weil diese nach Meinung der damaligen kommunistischen Partei nicht zur sozialistischen Gerechtigkeit passte — bei einer so gut wirkenden Staatsform brauche man keine gerichtliche Kontrolle der Verwaltung⁶².

Nach vierzig Jahren konnten jedoch die zahlreichen Stimmen aus dem juristischen Milieu nicht mehr ignoriert werden und am 31. Januar 1980 wurde das Gesetz über das Oberste Verwaltungsgericht⁶³ (*Naczelny Sąd Administracyjny*) als ein Teil des Verwaltungsverfahrensgesetzbuches⁶⁴ verabschiedet. Der Gesetzgeber (also das Parlament, in welchem eigentlich nur eine Partei die entscheidende Stimme hatte) konnte aber nicht zulassen, dass den Gerichten

⁶⁰ Gesetz vom 3.08.1922 über das Oberste Verwaltungstribunal. Dz.U. 1922, nr 67, poz. 600 ze zm.

⁶¹ Rechtsverordnung des Präsidenten der Republik Polen vom 27.10.1932 über das Oberste Verwaltungstribunal. Dz.U. 1932, nr 94, poz. 806 ze zm.

⁶² M. Wyrzykowski: *Sądownictwo administracyjne w PRL*. Warszawa 1983, S. 20 ff.

⁶³ Gesetz über das Oberste Verwaltungsgericht vom 31.01.1980. Dz.U. 1980, nr 4, poz. 8 ze zm.

⁶⁴ Verwaltungsverfahrensgesetzbuch vom 14.06.1960. Dz.U. 1960, nr 30, poz. 168 ze zm.

zu großen Kompetenzen zur Kontrolle der Exekutive verliehen wurden. Aus diesem Grund wurde der verwaltungsgerichtliche Weg nur für solche Bereiche eröffnet, die exakt in den Gesetzen ermittelt wurden (reines Enumerationsprinzip). Art. 196 § 2 KPA enthielt einen offenen Katalog von Angelegenheiten, die man durch eine Klage anfechten durfte und die durch Vorschriften anderer Gesetze eventuell ergänzt wurden. Es war möglich, die Verwaltungsakte, Realakte usw. unter die Kontrolle des Gerichts z.B. in Angelegenheiten aus den Bereichen des Bauwesens, der Wasser-, Kommunal- und Wohnungswirtschaft, der Abgabensachen, des Mobilien- und Immobilienverkehrs, des Umweltschutzes, der Beschäftigung, der Sozialsachen, der Personenstandsurkunden oder der Namen und Staatsangehörigkeiten zu stellen. Anfechtbar war auch gem. Art. 216 KPA die Untätigkeit der Exekutive. Der Maßstab für diese Kontrolle war jedoch nur die Rechtmäßigkeit des Staathandelns — die subjektiven öffentlichen Rechte wurden ausblendet.

Die oben beschriebenen Regelungen, zeigen deutlich, dass dem polnischen Gesetzgeber das Enumerationsprinzip als Sicherheitsventil diene — er nahm aus der gerichtlichen Kontrolle Angelegenheiten heraus, die man als „politisch heikel“ bezeichnen konnte, vor allem also die Ausstellung von Reisepässen⁶⁵.

Es kann nicht verwundern, dass schon kurz nach der politischen Umwälzung in Polen im Jahre 1989 die regierenden Eliten den Umfang des Rechtsschutzes von Bürgern im öffentlichen Bereich ändern wollten, um die Voraussetzungen des Rechtsstaatsprinzips im neuen systempolitischen Konzept zu erfüllen. Schon 1990 wurde der Enumerationsgrundsatz durch Generalklauseln in der KPA ersetzt⁶⁶. Seit dieser Zeit kann ein Verwaltungsakt wegen seiner Rechtswidrigkeit mit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden.

⁶⁵ J. Świątkiewicz: *Zakres kontroli Naczelnego Sądu Administracyjnego (w świetle orzecznictwa sądowego)*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1984, nr 1, S. 32.

⁶⁶ Gesetz über die Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzbuches vom 24.05.1990, Dz.U. 1990, nr 34, poz. 201.

Die gegenwärtigen Vorschriften des polnischen Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Schaffung von Verwaltungsgerichtsbarkeit bilden heutzutage vor allem Art. 45 Abs. 1⁶⁷, Art. 175 Abs. 1⁶⁸ und Art. 184⁶⁹ der polnischen Verfassung⁷⁰.

Die große Reform der polnischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in 2004⁷¹, seit der das zweitinstanzliche (sechzehn Woiwodschaftliche Verwaltungsgerichte und das Oberste Verwaltungsgericht als kassatorische Instanz) Prozess eingeführt wurde, gestaltete die Form der Generalklauseln im europäischen Vergleich auf originelle Weise. Um diese Form näher zu erklären, muss man vor allem auf drei Vorschriften zurückgreifen: Art. 1, 3 und 5 PPSA. Gem. dem ersten Artikel regelt das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz die gerichtlichen Verfahren in Angelegenheiten, die die Kontrolle des Handels der öffentlichen Verwaltung betreffen und in anderen Angelegenheiten, bei denen diese Vorschriften kraft der besonderen Gesetzen angewendet werden (sog. „verwaltungsgerichtliche Angelegenheiten“). Den letzten Begriff kann man nur mit Hilfe des Art. 3 PPSA und den zahlreichen Ansichten der Doktrin entwickeln. Art. 3 § 2 PPSA enthält nämlich eine Liste von Tätigkeiten der Verwaltung, die der Gesetzgeber unter gerichtliche Kontrolle stellte. Das sind vor allem:

- 1) Verwaltungsentscheidungen (Bescheide),
- 2) Verwaltungsbeschlüsse, die im Verwaltungsverfahren erlassen wurden und gegen die eine Beschwerde an das Organ zweiter Instanz eingelegt werden darf, oder Verwaltungsbeschlüsse, die das Verfahren in der Sache entscheiden oder das Verfahren beenden,
- 3) fast alle Beschlüsse im Verwaltungsvollstreckungsverfahren und bei einstweiliger Anordnung (in Polen sog. Verfahren zur Sicherung),
- 4) andere Tätigkeiten der Verwaltung, die öffentliche Rechte und Pflichten betreffen und nicht oben genannt wurden (Realakte),

⁶⁷ Artikel 45. (1) Jedermann hat das Recht auf gerechte und öffentliche Verhandlung der Sache ohne unbegründete Verzögerung vor dem zuständigen, unabhängigen, unparteiischen Gericht.

⁶⁸ Artikel 175. (1) Die Rechtsprechung in der Republik Polen üben das Oberste Gericht, ordentliche Gerichte, Verwaltungs- und Militärgerichte aus.

⁶⁹ Artikel 184. In dem durch Gesetz bestimmten Umfang kontrollieren das Oberste Verwaltungsgericht und die anderen Verwaltungsgerichte die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung. Diese Kontrolle umfasst auch Entscheidungen über die Gesetzmäßigkeit der Beschlüsse der örtlichen Selbstverwaltungsorgane und der Normativakte der lokalen Organe der Regierungverwaltung.

⁷⁰ Verfassung der Polnischen Republik vom 2.04.1997, Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.

⁷¹ Gesetz über die Verfassung der Verwaltungsgerichte vom 25.07.2002, Dz.U. 2002, nr 153, poz. 1269 ze zm.; Gesetz über Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz vom 30.08.2002, Dz.U. 2002, nr 153, poz. 1270 ze zm.

- 5) schriftliche Auslegungen von Vorschriften des Abgabenrechts, die in individuellen Sachen erlassen wurden,
- 6) Satzungen der kommunalen Selbstverwaltung und der Kommunalverbände als auch der regionalen Behörden der Regierungsverwaltung,
- 7) Entscheidungen der Behörden, die Aufsicht über das Handeln der Kommunalbehörde führen,
- 8) Untätigkeit der Verwaltung oder das zu lang geführte Verwaltungsverfahren.

In Art. 5 PPSA wurden die Ausnahmen vom Anwendungsbereich enthalten wie diplomatische und konsularische Angelegenheiten, Beamtenverhältnisse usw.

Obwohl die oben erwähnte Vorschrift als ein spezifisches Enumerationsprinzip gelten kann, gab der Gesetzgeber in diesem Artikel alle möglichen Arten von Handlungen der Verwaltung in Polen an. Aus diesem Grund bilden Art. 1 i.V.m. Art. 3 PPSA und Art. 13 § 1 PPSA⁷² die Generalklausel. Und wie in Deutschland das Auftreten der öffentlichrechtlichen Streitigkeit die gerichtliche Kontrolle anfängt, so wurde in Polen die Eröffnung des verwaltungsrechtlichen Weges durch den Begriff „verwaltungsgerichtliche Angelegenheit“ geprägt, den die Lehre in Anlehnung an Art. 1 und 3 PPSA immer näher bestimmt.

Begriff der verwaltungsgerichtlichen Angelegenheit

Die oben zitierte Vorschrift des Art. 1 PPSA enthält die Legaldefinition der „verwaltungsgerichtlichen Angelegenheit“. Im polnischen Schrifttum wird allerdings hervorgehoben, dass diese sehr unvollständig ist, und nur i.V.m. Art. 3 und 5 PPSA näher definiert werden kann. Die Vertreter der Lehre sind einig — es ist unmöglich einen einheitlichen Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Polen festzulegen, und aus diesem Grund auch eine voll befriedigende Definition zu schaffen⁷³. Bei der Definition sind die Begriffe vom Verwaltungsrechtsverhältnis und der „verwaltungsrechtlichen Angelegenheit“ hilfreich. Das erste bezeichnet man in der polnischen Lehre als verschiedene Beziehungen zwischen Verwaltungsorganen⁷⁴ und dem Rechtssubjekt, dessen

⁷² „Die Woiwodschafftlichen Verwaltungsgerichte entscheiden alle verwaltungsgerichtlichen Angelegenheiten, die nicht dem Obersten Verwaltungsgericht zugewiesen wurden“ — Artikel über sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in Polen.

⁷³ J.P. Tarno, R. Batorowicz: *Pojęcie sprawy sądowoadministracyjnej*. W: *Instytucje procesu administracyjnego i sądowoadministracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Ludwikowi Żukowskiemu*. Red. J. Połuszny, Z. Czarnik, R. Sawuła. Przemysł—Rzeszów 2009, S. 361.

⁷⁴ In Polen werden die Begriffe von Organe und Behörde nicht unterschieden.

Rechtssituation (Rechte und Pflichten) einseitig und bindend durch das Organ konkretisiert werden können. T. Woś bezeichnet die „verwaltungsrechtliche Angelegenheit“ als die Möglichkeit der Konkretisierung von Normen des Verwaltungsrechts durch Verwaltungsorgane, um Rechte und Pflichten des Einzelnen festzustellen⁷⁵. Eine solche „verwaltungsrechtliche Angelegenheit“ wird der Gegenstand des Verwaltungsverfahrens vor der Verwaltungsbehörde (Organ in Polen) — das Verfahren führt zu der meritorischen Entscheidung über eine solche Angelegenheit, also zur Konkretisierung der abstrakt-generellen Normen in konkret-individuelle Regelungen, die sich in einem Verwaltungsakt verwirklichen⁷⁶. Das Gericht überprüft danach die Richtigkeit eines solchen Konkretisierungsprozesses — ob die Kompetenznormen, prozessuale Normen (formelles Recht) und materielle Normen richtig angewendet wurden. Eben diese Kontrolle des Handelns des Organs oder seiner Untätigkeit bezeichnet man nach Meinung eines Teils der polnischen Lehre wiederum als „verwaltungsgerichtliche Angelegenheit“⁷⁷. Auch die sog. formell-prozessuale Konzeption gewinnt an Bedeutung. In der Literatur wird betont, dass der Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens durch den Kläger in der Klage (mit dem Anspruch und Beschreibung des Tatbestandes) bezeichnet werden muss. Das wichtigste an der Definition soll also der Aspekt der „Sache der Anfechtung“ sein⁷⁸. Entscheidend ist hier nämlich der Wille des Klägers. Dadurch handelt es sich nach dieser Auffassung um einen rein prozessualen Begriff⁷⁹. Was man anfechten darf — welche Handlungen der Verwaltung unter die Kontrolle fallen — das kann man nur in Anlehnung an Art. 3 PPSA erkennen.

Aus den oben skizzierten Definitionen kann man einen sehr klaren Schluss ziehen, dass in der polnischen Rechtsordnung die objektive Rechtskontrolle die wichtigste Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist. Für die Rechtsvergleichung ist es aber interessant, dass diese Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch spezifische Gestaltung der Klagebefugnis begrenzt ist. Die Klage ist nur dann zulässig, wenn der Kläger beweist, durch die Handlungen der Verwaltung in seinen „rechtlichen Interessen“ verletzt zu sein. Die polnische Doktrin (und damit auch der Gesetzgeber) beruht hier aber auf dem Begriff des rechtlichen Interesses, der durch Bernatzik geprägt wurde, also als Anspruch

⁷⁵ T. Woś. W: *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Red. T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska. Warszawa 2016, S. 35—36.

⁷⁶ Vgl. B. Adamiak: *Przesłanki tożsamości sprawy sądowoadministracyjnej*. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2007, Nr. 1, S. 8 ff.

⁷⁷ M. Kamiński: *O istocie pojęcia sprawy sądowoadministracyjnej*. „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 10, S. 26.

⁷⁸ K. Sobieralski: *Z problematyki sprawy sądowoadministracyjnej*. W: *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*. Red. J. Zimmermann. Warszawa 2007, S. 608.

⁷⁹ T. Kiełkowski: *Sprawa administracyjna*. Kraków 2004, S. 157.

auf ein bestimmtes Verfahren zu verstehen ist⁸⁰. In diesem Sinn ist Interesse von subjektiven öffentlichen Rechten zu unterscheiden, die nach Bernatzik „einen Anspruch auf eine bestimmte Art behördlicher Tätigkeit gewähren“⁸¹. Ein solches rechtliches Interesse im sog. subjektiven Aspekt⁸² muss aus der Norm ausgelegt werden. Der Kläger muss also beweisen, dass der Verwaltungsakt oder eine andere Handlung der öffentlichen Gewalt ein im Gesetz enthaltenes Interesse betrifft — es geht um die Beziehung zwischen diesen zwei Institutionen. Bei Entscheidung des Gerichts kann es jedoch zu ungewöhnlichen Situationen kommen, wenn obwohl eine Klage ein rechtliches Interesse aufweist, ein angefochtener Verwaltungsakt durch das Gericht wegen Verletzung der objektiven Rechtsordnung aufgehoben wird. Hierbei handelt es sich um eine spezifische Dualität des Rechtsschutzgegenstandes im polnischen Verwaltungsgerichtsverfahren⁸³.

Ein eigenes Problem bilden die Grenzen der so verstandenen verwaltungsgerichtlichen Angelegenheit. In polnischen Verwaltungsgerichtsverfahren bindet die Klage das Gericht in keinem Aspekt — auch nicht dann, wenn es um das Begehren geht. In der Klage wird nur der Gegenstand des Prozesses (also angefochtene Tätigkeit oder Untätigkeit der Verwaltung) bezeichnet. Gemäß Art. 134 § 1 PPSA entscheidet das Gericht jedoch in den Grenzen der konkreten verwaltungsgerichtlichen Angelegenheit. Dies ermöglicht alle Verwaltungsakte, die in zwei Instanzen des Verwaltungsverfahrens (also in der verwaltungsrechtlichen Angelegenheit, die auch die verwaltungsgerichtliche Angelegenheit bildet) erteilt wurden, zu überprüfen und setzt damit die Grenzen eines Verfahrens⁸⁴.

Der Begriff der verwaltungsgerichtlichen Angelegenheit erfüllt im polnischen Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz die Rolle einer Generalklausel, die den Umfang des Rechtsschutzes vor dem Gericht bezeichnet. Obwohl der Aufbau von Art. 1 und 3 PPSA eher an das Enumerationsprinzip erinnert, ist es eigentlich eine spezifische Struktur der Generalklausel. Die Ersetzung des Enumerationsprinzips, welches in Polen in den kommunistischen Zeiten herrschte, durch die Generalklausel nach dem Jahre 1989, war eines der wichtigsten Zeichen dafür, dass Polen sich in einen Rechtsstaat, mit voller Kontrolle über die Verwaltung, umwandelte.

In der polnischen Literatur wird nicht so viel Aufmerksamkeit auf die Theorien der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht gelenkt. Natürlich ist diese Einordnung für die Unterscheidung zwischen ordentlichen Gerichten

⁸⁰ E. Bernatzik: *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*. Wien 1964, S. 186—187.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Als rechtliches Interesse im objektiven Sinn versteht man in Polen Unterscheidung zwischen dem individuellen und öffentlichen Interesse.

⁸³ J. Zimmermann: *Prawo administracyjne*. Warszawa 2016, S. 470—471.

⁸⁴ J.P. Tarno, R. Batorowicz: *Pojęcie sprawy sądowoadministracyjnej...*, S. 362 ff.

und Verwaltungsgerichten wichtig, aber die Lehre bearbeitet nicht so zahlreiche Gruppen von Fällen wie die deutsche Doktrin und Rechtsprechung. Wenn ein Problem in diesem Bereich auftaucht, versucht der Gesetzgeber es in einfachen Gesetzen kasuistisch zu korrigieren, mit Hilfe der abdrängenden und aufdrängenden Sonderzuweisungen. Da das polnische System der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der objektiven Rechtskontrolle und nicht auf den subjektiven öffentlichen Rechten des Einzelnen beruht, ist für ein Verwaltungsgericht die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts oder anderen öffentlichen Handelns der Verwaltung die wichtigste Aufgabe. Zusätzlich muss man bemerken, dass wenn ein ordentliches Gericht sich für unzuständig erklärt, weil es sich seiner Meinung nach um eine verwaltungsgerichtliche Angelegenheit handelt, darf das Verwaltungsgericht diese Klage schon wegen ihrer Unzulässigkeit nicht zurückweisen (Art. 199¹ KPC⁸⁵). So auch in entgegengesetzten Situationen (Art. 58 PPSA). Anders als ins Deutschland ist dieser Beschluss unanfechtbar, was sehr viele Zweifel über die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Lösung erregt⁸⁶.

V. Schlussfolgerungen

Der Weg vom Enumerationsprinzip bis zur Generalklausel im deutschen und polnischen Recht veranschaulicht sehr klar, dass heutzutage in Staaten, die das Rechtsstaatsprinzip verwirklichen möchten, der volle Rechtsschutz nur mit der Kontrolle aller Handlungen der Verwaltung effektiv erfolgen kann. Egal, ob das verwaltungsrechtliche System in Anlehnung an den Rechtsschutz von subjektiv-öffentlichen Rechten (Deutschland) oder die objektive Rechtskontrolle (Polen), die die subjektive Rechte meistens nur mittelbar versichert, geschaffen wurde — nur die Generalklausel schafft eine lückenlose Überprüfbarkeit von Verwaltungsakten, öffentlichen Verträgen, Realakten und anderen Tätigkeiten der hoheitlichen Behörden.

⁸⁵ Zivilprozessgesetzbuch vom 17.11.1964, Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.

Art. 199¹ Das Gericht kann die Klage nicht aus diesem Grund zurückweisen, dass für die Prüfung der Sache eine öffentliche Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht zuständig ist, wenn sich die Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsgericht für nicht zuständig erklärt haben.

⁸⁶ W. Chróścielewski, Z. Kmieciak, J.P. Tarno: *Reforma sądownictwa administracyjnego — oczekiwania i zagrożenia*. W: *Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności*. Łódź 2004, S. 67 ff.; vgl. Z. Kmieciak: *Spory o właściwość a prawo jednostki do sądu*. „Glosa” 2009, Nr. 4, S. 4 ff.; B. Adamiak: *Rozgraniczenia właściwości sądów w polskim systemie prawnym*. In: *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980—2005*. Red. J. Góral, R. Hauser, J. Trzeciński. Warszawa 2005, S. 14 ff.; W. Sanetra: *Spór o spory kompetencyjne*. „Przegląd Sądowy” 2003, nr 9, S. 3 ff.

In Deutschland hatten die Vertreter der Lehre die entscheidende Stimme während der Arbeit am Entwurf der VwGO in den fünfziger Jahren. Für sie war offensichtlich, dass nur Generalklauseln, die sich ständig dynamisch entwickeln und die immer auf die neuen Bereiche eingehende Verwaltung, diesem Rechtsschutz entsprechen. Beim Enumerationsprinzip müssten die Bürger auf die Reaktion des Gesetzgebers warten, der zuerst die entsprechenden Veränderungen in die Gesetze einführen müsste.

Die polnischen Erfahrungen während des Kommunismus brachten zum Vorschein, welch gefährliches Werkzeug ein solches Enumerationsprinzip in den Händen der Legislative sein kann. Obwohl die Verwaltungsgerichtsbarkeit reaktiviert wurde, konnte der Gesetzgeber ohne Grenzen die politisch unbequemen Angelegenheiten aus der Zuständigkeit der Gerichte nehmen. Die Generalklausel beugt der schnellen Zurückdrängung der gerichtlichen Kontrolle vor. Natürlich kann man auch bei Generalklauseln den verschiedenen Fallgruppen mit Anwendung eines Ausnahmekatalogs (negatives Enumerationsprinzip) die Kontrolle entziehen, aber sogar für nationalistische oder totalitaristische Regime wäre das ein zu sichtbarer Schritt, da vor allem der Schein vor den Bürgern gewahrt werden muss.

Der deutsche Gesetzgeber gestaltete die Generalklausel unter dem Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art. In Polen müssen die Rechtsprechung und die Lehre der Herausforderungen, die der Gesetzgeber beschlossen hat, annehmen und sich mit dem Begriff der verwaltungsgerichtlichen Angelegenheit auseinandersetzen. Der grundlegende Unterschied liegt bei der Auslegung dieser zwei Institutionen in verschiedenen Funktionen des Verwaltungsgerichtsverfahrens — Rechtsschutz der subjektiven öffentlichen Rechte in Deutschland und Kontrolle der objektiven Rechtsordnung in Polen.

Weronika Szafrńska

Od klauzuli enumeracji do klauzuli generalnej sądownictwa administracyjnego: porównanie systemów prawnych Niemiec i Polski

Słowa kluczowe: postępowanie administracyjne, klauzula enumeracji, klauzula generalna, prawno-publiczne spory

Streszczenie: W każdym państwie, które zdecydowało się na wprowadzenie do swojego systemu prawnego kontroli działalności administracji publicznej pod postacią sądownictwa administracyjnego, jako jeden z najbardziej newralgicznych problemów jawi się kwestia uregulowania zakresu przedmiotowego tejże kontroli. Samo utworzenie sądów administracyjnych nie zapewnia jeszcze właściwej i pełnej ochrony obywatela przed działaniami władzy. Jak pokazuje

bowiem historia przepisów statuujących przedmiot owej kontroli, ustawodawca może *de facto* wpływać swobodnie na działalność sędziów w tym aspekcie poprzez wprowadzenie bądź tzw. klauzuli enumeracji, bądź klauzuli generalnej.

Obydwa wymienione wyżej sposoby ukształtowania zakresu zaskarżenia wywodzą się z ustawodawstwa niemieckiego, w którym to na przestrzeni lat „rywalizowały ze sobą” koncepcje R. von Gneista oraz O. Bähra. Pierwszy widział w sądownictwie administracyjnym przede wszystkim instytucję ochrony obiektywnego porządku prawnego. Dla drugiego, stawiającego na pierwszym miejscu prawa podmiotowe jednostki, najważniejsze było zapewnienie poprzez sądownictwo administracyjne pełnej ochrony obywateli przed działaniami władzy wykonawczej. I to właśnie druga z teorii doprowadziła do stopniowego zaniku ustalania przedmiotu ochrony w ustawach o postępowaniu przed sądami administracyjnymi poprzez wymienienie kategorii spraw podlegających kontroli (enumeracja) na rzecz klauzul generalnych, poddających kognicji sądów możliwie całą działalność administracji publicznej.

Ogromny wpływ myśli niemieckich teoretyków prawa administracyjnego na współczesne poglądy na temat roli sądownictwa administracyjnego w państwie przestrzegającym zasady demokratycznego państwa prawnego widać wyraźnie na przykładzie analizy polskich przepisów dotyczących postępowania sądowniczoadministracyjnego. Jeszcze bowiem w ustawie o Naczelnym Sądzie Administracyjnym z 1980 r. prawodawca poprzez metodę enumeracji wyłączył spod kontroli sądowej „niewygodne” dla niego sprawy administracyjne, dokonując, dziś wydawać by się mogło, niemożliwego ograniczenia.

W artykule przedstawiono, jak na przestrzeni wieków zmieniały się przepisy dotyczące zakresu kontroli sądownictwa administracyjnego w Polsce oraz w Niemczech. Metoda porównawcza posłużyła przede wszystkim ukazaniu zmian w sposobie myślenia na temat sądowej kontroli administracji publicznej. Poglądy recypowane od naszych zachodnich sąsiadów wpływały na kształtowanie nie tylko polskiej, ale i europejskiej myśli administracyjno-prawnej.

Weronika Szafrńska

From an Enumeration Clause to a General Clause of the Administrative Judiciary: A Comparison of German and Polish Legal Systems

Keywords: administrative proceeding, enumeration clause, general clause, legal public dispute

Summary: In every state that has decided to introduce to its legal system the oversight of public administration by an administrative judiciary, one of the most crucial points appears to be the question of regulating the scope of such control. The creation of administrative courts itself does not guarantee proper and full protection of citizens against the actions of the authority. As is shown by the history of statutes of control, the legislator can *de facto* freely influence the judges in this matter by introducing either the so-called enumeration clause or a general clause.

Both aforementioned ways of determining the scope of contesting are derived from German legislation, in which Rudolf von Gneist's and Otto Bähr's concepts were „competing” over the years. The first saw the administrative judiciary mainly as an institution to protect the objective law order. For the latter, who put the individual's rights first, it was pivotal that the administrative judiciary should provide full protection of citizens against the actions of the executive power. And it was the second of the two theories that led to a gradual disappearance of determining the object of protection in statutes regarding administrative court procedures by listing the categories

of affairs liable to control (enumeration) with general clauses allowing submission of conceivably all activity of public administration to the cognizance of the courts.

The profound influence of ideas proposed by German administrative law theorists on contemporary views of the administrative judiciary's role in a democratic state following principles of the rule of law is clearly visible in an analysis of Polish regulations applying to administrative court proceedings. Earlier, in the 1980 Supreme Administrative Court Act, the legislator excluded the „inconvenient” administrative cases by enumerations; this limitation presently seems impossible.

This article presents how the regulations regarding the scope of control of the administrative judiciary in Poland and Germany were changing over the years. The comparative method was mainly aimed at showing the changing approach to the judicial oversight of public administration. The ideas adopted from our western neighbors were influential in the theory of administrative law not only in Poland, but also in Europe.

PIOTR FIEDORCZYK

Białystok

Podręczniki prawnicze w ocenie Komisji Konsultacyjno-Naukowej przy Ministrze Sprawiedliwości Z dziejów stalinizacji nauczania prawa w Polsce

Prezentowany dokument archiwalny pochodzi z grudnia 1950 r. i znajduje się w zasobie Archiwum Akt Nowych w zespole akt Ministerstwa Sprawiedliwości. W latach 1949—1952 przy Ministerstwie działała Komisja Konsultacyjno-Naukowa (dalej: KKN), której zadaniem było między innymi „teoretyczne opracowanie i pogłębianie zagadnień prawa i wymiaru sprawiedliwości w Polsce Ludowej na gruncie nauki marksizmu-leninizmu i okazywanie konsultacyjnej pomocy w tej dziedzinie poszczególnym komórkom Ministerstwa Sprawiedliwości”¹. W ramach Ministerstwa funkcjonował Departament Szkolenia, kierowany wtedy przez Mariana Mazura, a przedmiotem zainteresowania Departamentu było między innymi kształcenie kadr prawniczych w szkołach wyższych, a więc nie tylko już po zakończeniu studiów. Tu zresztą pojawiał się spór kompetencyjny z utworzonym w 1950 r. Ministerstwem Szkolnictwa Wyższego z min. Adamem Rapackim na czele. W warunkach państwa totalitarnego było oczywiste, że przedmiotem zainteresowania i stalinowskiej indoktrynacji będzie także nauczanie prawa, gdyż wykształcenie odpowiednich oddanych

¹ Szerzej na ten temat: P. Fiedorczyk: *Z dziejów stalinizacji polskiej nauki prawa: Komisja Konsultacyjno-Naukowa przy Ministrze Sprawiedliwości (1949—1951)*. W: *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne: księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*. Red. R. Kłósowicz [i in.]. Kraków 2016, s. 257—268.

władzy kadr prawniczych było zadaniem o pierwszoplanowym znaczeniu. W tej sytuacji nie dziwi, że zagadnieniem zajęła się Komisja Konsultacyjno-Naukowa, której podstawowym zadaniem miała być jednak indoktrynacja w dziedzinie nauki prawa. Ukazuje to zresztą bardzo ścisły związek pomiędzy nauką i nauczaniem prawa, istniejący zawsze, niezależnie od panującego reżimu politycznego.

Formalnym uzasadnieniem zajęcia się przez KKN stanem podręczników prawniczych były przygotowania do Kongresu Nauki Polskiej, który miał się odbyć w czerwcu 1951 r. Kongres ten, przygotowywany bardzo starannie (odbył się z opóźnieniem), miał być potwierdzeniem skierowania polskiej nauki na nowe, stalinowskie tory². Rola nauki prawa i prawników w przygotowaniach do Kongresu oraz w rezultatach jego prac oczekuje nadal na opracowanie. Warto zaznaczyć, że zdecydowanie więcej uwagi KKN poświęciła zagadnieniom nauki prawa — we wszystkich jej kluczowych gałęziach: prawa i postępowania cywilnego, prawa i postępowania karnego oraz kryminologii i kryminalistyki. Komisja zorganizowała szereg konferencji na ten temat, a ich rezultaty były publikowane³. Zagadnienie podręczników prawniczych wydaje się w tym kontekście drugoplanowe, jednak prezentowany dokument unaocznia, jak ważny to był problem. U jego podłoża znajdowały się między innymi: kwestia likwidacji bądź uzasadnienia upaństwowienia prywatnych uczelni wyższych (np. Katolicki Uniwersytet Lubelski, ale także uczelnie w Katowicach, Krakowie, Warszawie i Łodzi). Chodziło o wykazanie, że poziom nauczania na tych uczelniach nie zapewnia odpowiedniej jakości wykształcenia. To jednak było stosunkowo mało znaczące, gdyż przejęcie prywatnych uczelni bądź się dokonało⁴, bądź było przesądzone. Wyjątkiem był KUL, wobec którego zrealizowano program minimum: wobec trudności politycznych ograniczono się do zamknięcia niektórych kierunków studiów, w tym prawa. Znacznie ważniejszym problemem były uczelnie państwowe — w omawianym przypadku kadry profesorskie na wydziałach prawa, które — poza nielicznymi wyjątkami — były całkowicie obce wobec ideologii marksizmu-leninizmu. Celem było jak

² P. Hübner: *Kongres Nauki Polskiej jako forma realizacji założeń polityki naukowej państwa ludowego*. Wrocław 1983, *passim*; R. Herczyński: *Spełnana nauka. Opozycja intelektualna w Polsce 1945—1970*. Warszawa 2008, s. 123.

³ *Stan nauki prawa karnego. Konferencja teoretyków i praktyków prawa karnego. Materiały z prac przygotowawczych do I Kongresu Nauki Polskiej*. Warszawa 1950; *Stan nauki prawa cywilnego w Polsce. Konferencja teoretyków i praktyków prawa cywilnego. Materiały z prac przygotowawczych do I Kongresu Nauki Polskiej*. Warszawa 1951; *Stan kryminalistyki i medycyny sądowej. Konferencja teoretyków i praktyków prawa karnego. Materiały z prac przygotowawczych do I Kongresu Nauki Polskiej*. Warszawa 1951.

⁴ Przykładowo, wspomniane w tekście prywatne Wyższe Studium Nauk Społeczno-Gospodarczych w Katowicach zostało w 1949 r. upaństwowione i uzyskało nową nazwę: Państwowa Wyższa Szkoła Administracji Gospodarczej w Katowicach. Jej pierwszym rektorem był dr Zygmunt Izdebski, autor krytykowanego w tekście skryptu.

najszybsze zaprzęgnięcie profesorów do służby nowej ideologii, a gdzie to nie było możliwe — zastąpienie nowymi kadrami. Miało to się odbywać według znanego dzisiaj stwierdzenia Józefa Stalina wobec Bolesława Bieruta i innych polskich komunistycznych liderów z 1944 r.: „nado pieristroitsia ili ustupit” („надо перестроится или уступить”). Plan zakładał, że przede wszystkim należy zmusić profesorów do zmiany poglądów i do służby nowej ideologii. Dlatego — jak przypuszczam — prezentowany dokument krytykuje rzekomo tylko „**błędne poglądy**” lub „**wydawnictwa**”, a nie samych profesorów. Było oczywiście odwrotnie, gdyż rzeczywisty powód ataku stanowił całokształt poglądów prezentowanych przez autorów. Warto jednak zauważyć, że niektórzy z krytykowanych profesorów rzeczywiście „nawrócili się” na nową ideologię. Prezentowany dokument miał także jeszcze jeden formalny wymiar: należy skończyć z „dzikim” wydawaniem podręczników akademickich i zastąpić ten proceder **planową państwową** akcją wydawniczą — oczywiście przy założeniu całkowitej kontroli przekazywanych w podręcznikach treści.

Dokument został przygotowany przez zespół prawników. Tylko troje z nich — L. Kubicki, J. Sieklucki i J. Zakrzewska — nie było członkami Komisji Konsultacyjno-Naukowej, być może byli zatrudnieni w Ministerstwie Sprawiedliwości. Nie wiemy — można tylko snuć przypuszczenia — kto jest autorem poszczególnych fragmentów „referatu”. Powstaje pytanie, czy autorzy elaboratu sami posiadali odpowiednie przygotowanie marksistowsko-leninowskie. Można odnieść wrażenie, że ich wiedza w dziedzinie „słusznej” ideologii była równie powierzchowna jak niektórych krytykowanych autorów. Nie było to jednak najważniejsze — chodziło o wskazanie obcych elementów, a tu na pierwszym miejscu znalazł się — według mojej oceny — prof. Andrzej Mycielski, który niewłaściwe poglądy łączył ze zdecydowanie obcym klasowo, bo arystokratycznym pochodzeniem. Był on ostatecznie prawdopodobnie jedynym profesorem, który w czasach stalinowskich stracił pracę⁵.

Niewątpliwie najciekawsza, a jednocześnie przerażająca jest część elaboratu, zatytułowana „Szczegółowe zagadnienia”. Omówione w niej zostały podręczniki i skrypty w poszczególnych dziedzinach prawa. Zwraca uwagę, że krytyki nie oszczędzono pracom profesorów już nieżyjących: Stanisława Kutrzeby, Stanisława Estreichera i Fryderyka Zolla młodszego. *Historia ustroju Polski* — Korona S. Kutrzeby została potraktowana najłagodniej, odesłano tu jedynie do krytycznej recenzji ucznia S. Kutrzeby — Stanisława Śreniow-

⁵ Krótką wzmiankę o okolicznościach zwolnienia A. Mycielskiego podaje J. Connelly: *Zniewolony uniwersytet. Sowietyzacja szkolnictwa wyższego w Niemczech Wschodnich, Czechach i Polsce 1945—1956*. Warszawa 2014, s. 211. Zob. także A. Ławniczak, A. Preisner: *Katedra Prawa Konstytucyjnego — historia*. „Przegląd Prawa i Administracji”, T. 100, cz. 2: *Księga jubileuszowa na siedemdziesięciolecie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*. Red. M. Jabłoński. Wrocław 2015, s. 267—268.

skiego⁶. Dla każdego współczesnego historyka prawa ojczystego (w tym Litwy) nie ma dzisiaj wątpliwości, że czterotomowa praca S. Kutrzeby jest wspaniałym przykładem nie tylko rzetelności naukowej, ale przede wszystkim dbałości o dumę z ojczystych dziejów ustroju. Nie jest tajemnicą, że współcześni autorzy podręczników nawiązują do ustaleń profesora — mimo upływu ponad 100 lat od momentu powstania podręcznika. Zapewne twórcy elaboratu zdawali sobie sprawę ze znaczenia tego podręcznika dla ukształtowania formacji wielu pokoleń polskich prawników i dlatego nie wystąpili z bardziej ostrą krytyką. Minimum przyzwoitości zostało tu ocalone. Nie można niestety tego samego odnieść do oceny pracy S. Estreichera, który został zamęczony w nazistowskim obozie koncentracyjnym w Sachsenhausen w grudniu 1939 r. Przedstawione w dokumencie cytaty z pracy są w dzisiejszej narracji nadzwyczaj trafne i dlatego należy z uznaniem konstatować, że w III RP ponownie wydano ten podręcznik⁷, niezależnie od oczywistego faktu, że rozwój nauki historii prawa czyni niektóre ustalenia Profesora nieaktualnymi.

Osobnego omówienia wymaga krytyka fundamentalnej pracy F. Zolla mł., obejmującej treść zunifikowanego w latach 1945—1946 prawa cywilnego. Twórcy elaboratu świadomie nie zauważyli, że F. Zoll przedstawiał treści prawa cywilnego będącego dziełem „ludowego” ustawodawcy. Prawo to nadal obowiązywało, wobec czego krytyka podręcznika Zolla była jednocześnie zakamuflowaną krytyką „ludowego” prawa. Na bezpośrednią krytykę zunifikowanego prawa cywilnego twórcy dokumentu się nie zdobyli. Zarzut „pośpiesznego” stworzenia podręcznika wydaje się całkowicie chybiony — raczej okoliczność ta powinna być pochwałą — zważywszy na wiek Profesora. Piszę to, odwołując się do własnego doświadczenia, gdy, zajmując się unifikacją prawa rodzinnego, wielokrotnie korzystałem z ustaleń F. Zolla zawartych w jednym z tomów jego podręcznika. To kolejny dowód, że nauka i nauczanie prawa mają ścisły związek. Domyślam się, że krytyka podręcznika F. Zolla ma związek z konsekwentnym prezentowaniem w nim „antymarksistowskiej” koncepcji F. Stammlera o prawie prawnym i koncepcji prawa naturalnego o zmiennej treści, która — jak wiemy — leży dziś u podstaw orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Krytyka podręczników napisanych przez nieżyjących już autorów — acz naganna moralnie — nie czyniła już tym autorom krzywdy. Znacznie ostrzej-

⁶ S. Śreniowski [rec.]: *S. Kutrzeba, Historia ustroju Polski*. Korona, wyd. 8, przejrzał i uzupełnił A. Vetulani, Warszawa 1949. „Myśl Współczesna” 1950, nr 7, s. 127 i nast. Zob. także ciekawy tekst biograficzny o S. Śreniowskim: Z. Romek: *Zapomniany historyk — Stanisław Śreniowski (1912—1957)*. W: *Klio Polska. Studia i materiały z dziejów historiografii polskiej XIX—XX wieku*. Red. A. Wierzbicki. T. 6. Warszawa 2012, s. 75—100.

⁷ S. Estreicher: *Wykłady z historii ustroju państwa i prawa na zachodzie Europy*. Red. S. Grodziski. Kraków 2000.

sza krytyka została w elaboracie zarezerwowana dla autorów żyjących. Podręczniki z teorii i filozofii prawa zostały właściwie zdyskwalifikowane. Szczególnie dużo uwagi zajęło przedstawienie pracy prof. Henryka Piętki z UW jako ucznia Leona Petrażyckiego. Warto tu pamiętać, że dyscyplina „filozofia prawa” była nie do zaakceptowania dla marksistów⁸. Postać i poglądy H. Piętki powinny być — moim zdaniem — przedmiotem przyszłych studiów w naszej historii myśli filozoficznoprawnej.

Nie jest zaskakujące, że krytyczna ocena spotkała dwóch najwybitniejszych powojennych (tzn. nadal żyjących) filozofów prawa: Czesława Znamierowskiego i Antoniego Peretiatkowicza. Przyznać należy, że w przypadku obu tych autorów nie było najmniejszej szansy wprzęgnięcia ich w ideologię marksizmu-leninizmu. To zresztą pokazuje, że twórcy elaboratu nie dopuszczali istnienia jakiegokolwiek pluralizmu w myśli prawniczej w tamtym czasie. Częściowo zmieniło się to po 1956 r. Wtedy przynajmniej tolerowano fakt, że można mieć inne poglądy naukowe i być im wiernym.

Wydaje się, że najbardziej zaskakująca jest ocena podręczników w dziedzinie prawa karnego materialnego (o prawie karnym procesowym w ogóle w elaboracie zapomniano — pytanie dlaczego?). W każdym państwie totalitarnym prawo karne odgrywa rolę zasadniczą. Tymczasem omawiany dokument krytykuje wprawdzie poglądy niektórych karnistów — o czym poniżej, ale oszczędza dwóch najwybitniejszych — Stanisława Śliwińskiego i Władysława Woltera. Niezależnie od oczywistej trudności w atakowaniu wybitnego przedstawiciela myśli prawnokarnej — to oszczędzenie prac dwóch profesorów wydaje się zaskakujące. Podejrzewam, że dużo w tej kwestii zależało od odpowiednich autorów elaboratu — prawdopodobnie autorzy karniści byli znacznie mniej pryncypialni od na przykład teoretyków prawa. To chyba pokazuje, że nie wszyscy karnistyczni autorzy dokumentu byli aż tak bardzo oddani ideologii marksizmu-leninizmu. Rzecz ciekawa, że objawiło się to właśnie w dziedzinie prawa karnego. Słaby to był stalinizm. W tych warunkach atak na skrypty i podręczniki z prawa karnego skupił się na dwóch pozycjach. Zaatakowano przede wszystkim prof. Zdzisława Papierkowskiego z KUL, poprzez manipulowanie cytatami z jego skryptu. Był to atak nadzwyczaj prymitywny, całkowicie wypaczający poglądy profesora. Z dzisiejszej perspektywy należy uznać prof. Papierkowskiego za jednego z najwybitniejszych karnistów w dziejach naszej nauki prawa tego przedmiotu. W świetle dokumentu był on faszystą-nazistą, co oczywiście całkowicie nie odpowiadało prawdzie. Domyślać się należy, że o ataku decydowało przede wszystkim jego miejsce pracy — tj. KUL. Być może istniał konflikt osobisty pomiędzy S. Pławskim, jako współautorem elaboratu, a Z. Papierkowskim. Stanisław Pławski był bardzo aktywnym człon-

⁸ *Nauka a polityka: dziwne losy filozofii prawa w Polsce*. Red. M. Szyszkowska. Warszawa 2010, *passim*.

kiem KKN i z jej ramienia objeżdżał katedry prawa karnego, składając Komisji szczegółowe sprawozdania z wizytacji⁹. Zarówno on, jak i Z. Papierkowski byli uczniami prof. Juliusza Makarewicza, więc się znali. Profesor Z. Papierkowski zdołał jakoś przetrzymać atak i był jeszcze aktywny po 1956 r., ale nie spodziewam się, że wydarzenia czasów stalinowskich nie odcisnęły na nim niekorzystnego piętna.

Osobnego potraktowania wymaga atak na skrypt prof. Jerzego Śliwowskiego z UMK. Atak przedstawia profesora jako idiotę, który — nie wiadomo czy świadomie, czy nie — wulgaryzuje poglądy marksistowskie na temat odpowiedzialności karnej i kary. Faktem jest, że marksistowskie poglądy w tych kwestiach mogą się dzisiaj wydać śmieszne (mimo ich tragicznych konsekwencji), ale można wskazać wiele innych przykładów bełkotu pseudonaukowego w tej kwestii. Wobec powyższego można zaryzykować tezę, że atak na J. Śliwowskiego miał charakter personalny, ukazujący konflikt osobisty z jednym z autorów dokumentu (podejrzewam nawet z którym). Dość powiedzieć, że w późniejszych latach prof. J. Śliwowski bardzo dobrze znalazł się w komunistycznym systemie.

Dokument atakuje także prace wielu innych profesorów. Charakterystyczny wydaje się atak na prof. Jerzego Langroda, który w powojennej Polsce (do 1950 r.) wydał chyba najwybitniejszą pracę prawniczą pt. *Instytucje prawa administracyjnego*, wydaną ponownie w wolnej Polsce¹⁰. Słusznie w elaboracie stwierdzono, że była to praca całkowicie burżuazyjna. Warto dodać, że w momencie powstania dokumentu prof. Langrod już nie mieszkał w Polsce i budował swą imponującą karierę prawniczą we Francji. W ten sposób Polska straciła jednego z najwybitniejszych prawników w dziejach, który — odnotować to należy z uznaniem — pomagał zawsze rodakom w trudnej prawniczej karierze za granicą. Chwała mu za to.

Opis dokumentu nie byłby pełny, gdybyśmy nie odnieśli się do chwalonych w nim prac ocenianych jako prawdziwie marksistowskie. Są one nieliczne i zostały zapomniane w dziejach jako nic nieznaczące. W szczególności dotyczy to prac prof. Kazimierza Biskupskiego, które do przedstawienia dziejów ustroju Polski Ludowej niczego nie wnoszą. W mojej pracy naukowej nie spotkałem się z większym bełkotem niż prace K. Biskupskiego. Jak się okazuje, jego podręcznik był tylko streszczeniem pracy radzieckiej i nawet dla marksistowskiego polskiego ewaluatora był niezrozumiały. Nie ukrywam — dzięki tej opinii poprawiłem mniemanie o własnej zdolności percepcji tekstów z historii prawa komunistycznego. Przyznać jednak należy, że omawiane w dokumencie prace S. Rozmaryna są znacznie lepiej napisane.

⁹ Pismo wiceprzewodniczącego KKN Leszka Lernella z 24 kwietnia 1950 r. do przewodniczącego Podsekcji Prawa I Kongresu Nauki Polskiej Jana Wasilkowskiego. Archiwum Akt Nowych, zespół akt: Ministerstwo Sprawiedliwości, sygn. 5460, k. 12—14.

¹⁰ J.S. Langrod: *Instytucje prawa administracyjnego*. Kraków 2003.

Wśród prac „marksistowskich” wyjątkowe miejsce zajmuje *Prawo karne Polski Ludowej*, autorstwa Igora Andrejewa, Leszka Lernella i Jerzego Sawickiego. Dzieło to chwalone jest przez twórców dokumentu jako najbardziej marksistowski podręcznik. Rzecz ciekawa, jego zwięzłość powodowała, że przedstawiano go jako podręcznik raczej dla szkół prawniczych niż dla studentów uniwersyteckich wydziałów prawa. Znaczenie tej pozycji dla nauki prawa karnego czeka na swego badacza. Warto jednak zauważyć, że w tym samym zespole akt co cytowany poniżej elaborat zachowała się miazdząco krytyczna recenzja wydawnicza tej pracy, autorstwa prof. W. Woltera¹¹ — oczywiście nigdy nieupubliczniona.

Omówienie dokumentu nie byłoby pełne bez przynajmniej jednej jeszcze uwagi. Przedstawiony stan podręczników prawniczych oraz nauki prawa, co się ściśle łączyło — ukazywał przerażający chaos w zakresie dydaktyki. Trudno było być studentem w tamtych czasach. Należy współczuć na przykład studentom UW, którzy musieli czytać podręcznik sowiecki prof. Kryłowa z prawa międzynarodowego po rosyjsku. Zapewne prawie nikt tego nie czynił, była to tylko fikcja sprawozdawcza. Co powiedzieć o studentach UJ, którzy w ramach kursu prawa państwowego mieli czytać „dzieła” Mao, Bieruta, Cyrankiewicza, Minca i innych? W tych warunkach powszechnie wtedy zalecana praca francuskiego marksisty Georgesa Politzera z filozofii¹² wydaje się lekturą nadzwyczaj łatwą do przyswojenia. W ramach wspomnianego chaosu śmiesz dzisiaj zestawienie lektur z powszechnej historii państwa i prawa na UMCS: J. Stalina i prof. Leona Halbana. Nie chodziło tu bynajmniej o pluralizm światopoglądowy w nauczaniu prawa.

Autorzy dokumentu piszą na końcu elaboratu, że sytuacja „na odcinku pomocy naukowych na wydziałach prawa” jest „kompromitująca”. Pamiętać jednak należy, że sytuacja ta była wynikiem świadomego działania władz, które dążyły do przejęcia pełnej kontroli nad nauczaniem prawa. Z dzisiejszej perspektywy kompromitujące wydają się raczej poglądy twórców elaboratu.

Powyższe uwagi są — w mojej ocenie — tylko wprowadzeniem do ewentualnych badań nad nauczaniem prawa w stalinowskiej Polsce. Pominąłem tu na przykład wątki dotyczące prawa administracyjnego i wzmiankowanych prac Stanisława Kasznicy i Mariana Zimmermanna. Prace te, pryncypialnie skrytykowane, były na znakomitym poziomie, a dzisiejsza nauka prawa nadal z nich korzysta.

Dokument publikowany jest razem z tzw. pismem przewodnim Leszka Lernella — wiceprzewodniczącego KKN — w którym prosi on określonych urzędników o opinię o elaboracie. Odpowiedzi urzędników nie odnalazłem. Pisownia dokumentu została uwspółcześniona.

¹¹ W. Wolter: *Prawo karne Polski Ludowej. Uwagi krytyczne tylko dla użytku Autorów*. Archiwum Akt Nowych, zespół akt: Ministerstwo Sprawiedliwości, sygn. 5475, k. 4—29.

¹² G. Politzer: *Wykład filozofii. Elementy*. Przekł. J. Adamski. Warszawa 1950.

Juristische Lehrwerke nach Bewertung der Beratungswissenschaftlichen Kommission des Justizministeriums Aus der Geschichte der stalinistischen Rechtslehre in Polen

Schlüsselwörter: juristische Lehrwerke, Marxismus-Leninismus, Stalinisierung, Polen, Beratungswissenschaftliche Kommission

Zusammenfassung: Das im vorliegenden Text präsentierte Dokument wurde im Jahre 1950 von Beratungswissenschaftlicher Kommission des Justizministeriums angefertigt. Es wurde wahrscheinlich wegen seines heiß umstrittenen Inhalts nicht veröffentlicht. Die Kommission wurde gegründet, um marxistisch-leninistische Ideologie in der Justiz und in der Rechtslehre zu verbreiten. Das Dokument beinhaltet die Bewertung der juristischen Lehrwerke, die dem Studium an juristischen Fakultäten zugrundelagen. In Wirklichkeit war das eine Form der Kritik an den Lehrbuchautoren, weil die meisten von ihnen in ihren Arbeiten marxistische Ideologie gar nicht berücksichtigten. Der sehr brutale Angriff war eine deutliche Drohung gegen die Professoren und bedeutete, dass keine andere Ideologie geduldet wurde. Manche Professoren richteten sich nach marxistischer Ideologie, doch diese waren in der Minderheit. Andere dagegen folgten ihr nur oberflächlich. Kritisiert wurden überdies die von verstorbenen Professoren geschaffenen Lehrwerke.

Piotr Fiedorczyk

Legal Textbooks in the Assessment of the Scientific-Advisory Committee at the Office of Minister of Justice From the History of Stalinization of Teaching Law in Poland

Keywords: legal textbooks, Marxism-Leninism, Stalinization, Poland, Scientific-Advisory Committee

Summary: The document discussed in this paper was prepared in 1950 by the Scientific-Advisory Committee, which was then operating at the Office of Minister of Justice. It was not released for publication, probably because of its highly controversial content. The Committee was established with an aim to promote Marxist-Leninist ideology in the Department of Justice and the study of law. The document contains the evaluation of fundamental legal textbooks which were the core of teaching law at universities at that time. In fact, it was a form of critique of their authors, the majority of whom did not apply Marxist ideology in their works. It was a most vicious attack and an outright threat against the professors meaning that no other approach would be tolerated. Some of the professors began to comply, but these were in the minority. Others applied the ideology on a very superficial level. Also, the textbooks of the deceased professors were criticized.

1950, grudzień 5, Warszawa, Dokumenty Komisji Konsultacyjno-Naukowej przy Ministrze Sprawiedliwości o stanie pomocy naukowych na uniwersyteckich wydziałach prawa

/godło państwowe/

RZECZPOSPOLITA POLSKA

MINISTERSTWO SPRAWIEDLIWOŚCI

Warszawa dn. 5 grudnia 1950 r.

U.3655/50-0.39/12/2

- 1/ Ob. Tadeusz Rek Wmin. Sprawiedl.
- 2/ Ob. Marian Mazur Dyr. Dep. Szkolenia
- 3/ Prof. Dr. St. Ehrlich Red. „Państwa i Prawa” ul. Marszałk. 8

W załączeniu przesyłam referat o stanie pomocy naukowych na uniwersyteckich wydziałach prawa opracowany przez Komisję Konsultacyjno-Naukową przy Ministerstwie Sprawiedliwości w ramach prac przygotowawczych do Kongresu Nauki.

Referat ten, w swojej obecnej formie, nie jest przeznaczony do druku. Zachodzi jednak możliwość opublikowania go po dokonaniu zmian i uzupełnień. W związku z tym Komisja Konsultacyjno-Naukowa byłaby bardzo wdzięczna za nadesłanie uwag, które należałoby uwzględnić przy ewentualnym przygotowaniu tej pracy do druku.

1 załącznik

Wiceprzewodniczący Komisji
Konsultacyjno-Naukowej

/Dr L. Lernell/

Podpis nieczytelny

Referat o stanie pomocy naukowych na uniwersyteckich wydziałach prawa*.

/Referat opracowany przez Komisję Konsultacyjno-Naukową przy Ministerstwie Sprawiedliwości. W opracowaniu brali udział:

Dr Igor Andrejew, Ignacy Iserles, Leszek Kubicki, prof. dr Leszek Lernell, dr Stanisław Pławski, prof. dr Jerzy Sawicki, dr Jerzy Sieklucki, prof. dr Seweryn Szer, Janina Zakrzewska/.

I Kongres Nauki Polskiej będzie na pewno momentem przełomowym dla naszej nauki. Kongres wypracować ma nowe formy w pracy naukowej, powiązać ściśle naukę z zasadami planu sześcioletniego — ma przede wszystkim Kongres przeprowadzić ma dokładną analizę obecnego stanu nauki polskiej¹.

Jeżeli zastanowimy się nad stanem naszej obecnej nauki, nad sytuacją jaka panuje na naszych uniwersytetach, będziemy musieli przyznać, że dziedzina ta pozostaje w tyle za produkcyjnymi osiągnięciami klasy robotniczej, że nauka nasza /dotyczy to zwłaszcza nauki prawa/ nie zawsze jeszcze potrafiła wywiązać się należycie ze spoczywających na niej zadaniach. Badania naukowe i ich treść ideologiczna nie potrafiły zaspokoić rzeczywistych potrzeb społecznych. Odnosi się to i do treści i charakteru pracy naszych wyższych uczelni.

Referat ten opracowany w ramach przygotowań do I Kongresu Nauki Polskiej, ma przedstawić sytuację, jaka panuje na odcinku pomocy naukowych na uniwersyteckich wydziałach prawnych. Problem pomocy naukowych w studiach prawniczych posiada szczególne znaczenie. Dla pełnej analizy obecnego stanu nauki prawa, dla zorientowania w poziomie nauczania na uniwersyteckich wydziałach prawnych oraz dla właściwego określenia zadań, jakie winny stanąć w najbliższym okresie przed nauką prawa w Polsce — omówienie tego problemu jest konieczne.

I. Uwagi ogólne.

1. Niejednokrotnie już stwierdzono, że „nie potrafiliśmy dotychczas rozwiązać jednego z najbardziej palących problemów, sprawności nauczania na wyższych uczelniach — mianowicie sprawy podręczników akademickich. Powojenna produkcja podręcznikowa, która osiągnęła cyfrę 230 tytułów, prowadzona przeważnie przez wydawców prywatnych, w oparciu o przedwojenne tradycje wydawnicze ma charakter przypadkowy i nie odpowiada potrzebom szkoły wyższej Ludowego Państwa”². Te uwagi dotyczące powo-

* W dokumencie zachowano oryginalną ortografię i interpunkcję.

¹ J. Dembowski — I Kongres Nauki Polskiej — „Życie Nauki”, 1—2.

² E. Krassowska — Przemówienie na konferencji Rektorów — Życie Nauki Nr 3—4.

jennej produkcji podręczników akademickich odnoszą się również w pełni do podręczników z zakresu prawa.

Podręczniki te były wydawane w sposób jak najbardziej bezplanowy, często ukazywało się ich zbyt wiele w jednej dziedzinie, podczas gdy w innych dziedzinach nie było ich wcale.

Większość tych wydawnictw wywołuje zasadnicze zastrzeżenia zarówno pod względem metodologicznym i naukowym jak pod względem dydaktycznym /niektóre podręczniki omówione będą w części szczegółowej referatu/, charakterystyczną zaś cechą wszystkich wydawnictw jest bardzo wysoka ich cena, niewspółmierna do możliwości studentów. Dotychczasowy system wydawnictwa podręczników akademickich wymaga zasadniczych zmian i zupełnie nowej organizacji, opartej na zasadach planowości. „...Główny wysiłek dojrzałych kadr naukowców-prawników musi być skoncentrowany na przygotowaniu nowych podręczników dla szkół wyższych”³.

2. Osobnym zagadnieniem jest sprawa przekładu podręczników radzieckich. Sprawa ta, jak dotąd, jest prawie zupełnie zaniedbana. Wydaje się wprost nieprawdopodobne, że w ciągu 5 lat z zakresu prawa przetłumaczono jeden podręcznik radziecki. Książki, które mogłyby zastąpić podręczniki, również jeśli chodzi o przekłady literatury radzieckiej, sprowadzają się do paru zaledwie pozycji. Nie trzeba chyba podkreślać, jak fakt ten ujemnie wpływa na rozwój nauki polskiej.
3. W związku z brakiem aktualnych, odpowiadających potrzebom podręczników, w związku z zupełnym prawie zastojem na odcinku tłumaczeń podręczników radzieckich — specjalnego znaczenia nabierają skrypty. Skrypty obecnie stanowią najczęściej stosowaną formę pomocy naukowej. Należy przypomnieć, że w związku z organizacją planowego systemu wydawnictwa podręczników akademickich, która trwać będzie przez pewien czas, przynajmniej w najbliższym okresie skrypty odgrywać będą poważną rolę. Przeprowadzona w bieżącym roku przez Min. Oświaty reorganizacja, w wyniku której całość skryptowej akcji wydawniczej przejęły Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych umożliwia kontrolę wydawnictw i zwiększa ich użyteczność przez staranniejsze wydanie. Trzeba jednak pamiętać, że skrypty muszą być formą przejściową i że na dłuższą metę nie mogą zastąpić podręczników.

Reorganizacja skryptowej akcji wydawniczej zmniejszyła w znacznym stopniu, nie usunęła jednak w pełni wydawnictwa tzw. „skryptów lewych”. Są to skrypty wydawane z inicjatywy studentów, powstają z notatek lub niedokładnych stenogramów, często bez nazwiska profesora, prawie z reguły niesprawdzone przez profesora; skrypty te zawierają oczywiście ogromne ilości błędów, pozbawione są jakiegokolwiek wartości naukowej. Przyczyna wydawania tych „dzikich” skryptów tkwi w niesłusznym stanowisku niektórych wy-

³ St. Rozmaryn — Tezy wstępne.

kładowców, którzy nie wydają podręczników i nie zgadzają się na wydanie skryptów. W referacie tym „dzikie” skrypty nie będą omawiane. Należy jednak podkreślić, że za te „dzikie”, nieautoryzowane, wydawane często nie tylko bez wiedzy, ale i wbrew woli wykładowcy, profesorowie również ponoszą odpowiedzialność. Na profesorach ciąży obowiązek dostarczenia młodzieży studiującej w czasie jak najkrótszym wartościowych naukowo skryptów.

II. Szczegółowe zagadnienia.

1. Byłoby rzeczą niemożliwą zmieścić w ramach niniejszego sprawozdania szczegółową analizę wszystkich podręczników i skryptów uniwersyteckich, obowiązujących na wszystkich wydziałach prawa. Jednak nawet i mniej dokładna analiza może — zdaniem naszym — być dostateczną ilustracją sytuacji, jaka panuje na odcinku pomocy naukowych w studiach prawniczych.

W sprawozdaniu tym, omawiając i oceniając podręczniki i skrypty nie zamierzamy krytykować profesorów. Sprawozdanie to jest krytyką materiałów z jakich korzysta młodzież w studiach, krytyką całego dotychczasowego sposobu rozwiązywania problemu pomocy naukowych.

Zarzuty te są skierowane pod adresem wydawnictw i one wyłącznie zostały poddane analizie referatu, z przeświadczeniem, że od czasu ich wydania postawa wielu naszych naukowców uległa zasadniczym przemianom. Prof. Rozmaryn we Wstępnych Tezach Referatu Ogólnego o stanie i zadaniach nauki prawa w Polsce pisze: „W świadomości przeważającej większości naukowców prawników dokonał się już pewien przełom. Większość ta rozumie, że nauka prawa w Polsce Ludowej musi zerwać z burżuazyjną metodologią i stanąć na pozycjach materializmu historycznego, na pozycjach marksizmu-leninizmu. Aby się o tym przekonać, wystarczy zestawić piśmiennictwo prawnicze okresu 1918—1939 a nawet okresu 1945—1949 z pracami publikowanymi w latach 1949—1950”. Tym bardziej więc powinno nam zależeć na analizie naszych dawnych błędów. Bez wykrycia tych błędów, bez wykrycia ich źródeł nie będzie możliwa walka z nimi.

Moglibyśmy podzielić — biorąc ogólnie — wszystkie podręczniki i skrypty na cztery zasadnicze grupy: pierwsza grupa — są to publikacje marksistowskie, których ilość niestety jest zupełnie niewystarczająca — Andrejew, Ehrlich, Lernell, Rozmaryn, Sawicki, Szer/. Druga grupa — publikacje pseudomarksistowskie to znaczy takie, które pod przykrywką frazeologiczną ukrywają starą burżuazyjną treść. Trzecią grupę stanowią publikacje o charakterze „neutralnym” tzn. takie, które przedstawiają marksizm jako jeszcze jedną „równoległą” dziedzinę, metodę czy teorię. Wreszcie czwarta grupa to publikacje, które w najmniejszym nawet stopniu nie uwzględniają istnienia marksizmu. Niestety trzeba przyznać, że grupa ta jest jeszcze bardzo liczna.

2. Zaczniemy od przedmiotu mającego dla studentów wydziału prawa znaczenie zasadnicze, z punktu widzenia ideologicznego — podstawowe, od teorii prawa. W ciągu pięciu lat władzy ludowej w Polsce nie ukazał się z tego przedmiotu żaden podręcznik zasługujący na miano podręcznika naukowego. Publikacje, które się dotąd ukazały to często przedruki z wydań przedwojennych, wydane bez żadnych niemal poprawek, często zaś kompilacje bardzo wątpliwej jakości.

W 1948 r. w Katowicach ukazuje się nakładem Bratniej Pomocy Studentów Wyższego Studium Nauk Społeczno-Ekonomicznych praca dr Izdebskiego *Encyklopedia prawa w zarysie*. Praca ta jest klasycznym przekładem „doczeplenia” cytat marksistowskich do idealistycznej i wyjątkowo niejasnej treści. W 1949 r. ukazuje się 7 wydanie *Wstępu do nauk prawnych* prof. Antoniego Peretiatkowicza. *Wstęp* wydany zostaje w 1949 r. i nie ma w nim jednak nawet małej wzmianki o marksistowskiej teorii prawa, jakkolwiek przedstawione są tam poglądy Jheringa, Petrażyckiego, Duguita czy Kelsena. Książkę prof. Peretiatkowicza trudno nazwać odpowiednim podręcznikiem uniwersyteckim. Pisana jest w sposób zupełnie nienaukowy, idealistyczny, w całkowitym oderwaniu od rzeczywistości. W rezultacie, w 5 roku władzy ludowej w Polsce, studenci dowiadują się w następujący sposób o różnicy między prawem a moralnością /strona 30—31/ „w pierwszej linii podkreślić należy dwustronny charakter prawa. ... elementem naczelnym, podstawowym jest idea prawa” zaś różnica między moralnością a prawem polega na tym, że w zagadnieniu moralności, punkt ciężkości leży „w idei obowiązku”. O pracy prof. Peretiatkowicza nie wystarczy powiedzieć że mogłaby się ona ukazać równie dobrze w 1937 r. Bo przecież już drugie wydanie *Wstępu do nauk prawnych* ukazało się w 1932 r., i od tego czasu autor nic w nim nie zmienił, nie zajął nawet żadnego stanowiska wobec teorii a jakimi musiał się przecież zetknąć w 1949 r. w Polsce Ludowej. W wykazie literatury autor nie uważa za stosowne podać żadnej pracy klasyków marksizmu.

Analogiczne wstępy ukazały się również w Krakowie i Warszawie. W Krakowie w 1946 r. ukazał się *Wstęp do nauki o państwie i prawie* prof. Kutrzeby, książka, która ze względu na stosowaną metodę oraz wobec swego szczupłego zakresu również nie może spełniać roli podręcznika uniwersyteckiego.

Charakterystyczne dla bardzo wielu dociekań polskich prawników jest uciekanie od praktyki. Snując najbardziej abstrakcyjne i oderwane rozważania autorzy bardzo skrupulatnie unikają konfrontacji swych teorii z normalnym życiem /jak np. Cz. Znamierowski Prolegomena do nauki o państwie Poznań 1947/48/.

Czwartą publikacją z tego zakresu jest praca prof. Piętki *Wstęp do nauki prawa* Warszawa, 1947 r. Prof. Piętka pozostający pod silnymi wpływami Petrażyckiego jest zwolennikiem socjologiczno-psychologicznej teorii prawa. Istotę społeczeństwa stanowi według *Wstępu* „proces podświadomego przysto-

sowania się psychiki ludzkiej do wymogów życia zbiorowego”. Cały podręcznik napisany jest właśnie w takim idealistyczno-psychologicznym duchu.

Prof. Piętka nie uwzględnia w swej pracy żadnych pozycji marksistowskich, a jego idealistyczne koncepcje państwa i prawa doprowadzają do takich stwierdzeń jak */Wstęp*, str. 22/ to, że „Duch narodu pracuje w podświadomości procesów psychicznych, wytwarzających się na tle współżycia społecznego”. Genezę narodu i państwa /które powstają jednocześnie/ wywodzi prof. Piętka z zespolenia się szczepu i twierdzi, że państwo jest to różnokrewny związek społeczny, posiadający swoje funkcje w dziedzinie formalno-porządkowej, a więc mający oparcie przede wszystkim w normach prawnych. Prof. Piętka nie uznaje przeciwieństw klasowych i nazywa społeczeństwem „współżycie oparte na działaniu praw socjologicznych”. A kiedy w trakcie rozważań socjologicznych okazuje się, że niemożliwe jest abstrahowanie od klasowej istoty społeczeństwa — we *Wstępie* czytamy: „Z czasem twarde przegródki stanowe muszą ulec zastąpieniu przez bardziej elastyczne przegródki klasowe oparte na zasadniczej równości wszystkich członków społeczności wobec prawa. Klasy różniczkują społeczeństwo według różnic kulturalnych i majątkowych umożliwiając łatwe przejście z jednej grupy do drugiej”. Pewne elementy podręcznika mają charakter zupełnie kosmopolityczny. Dzieje się to wtedy, gdy w podręczniku rozwijane są koncepcje społeczności ponadpaństwowej /„gdy we współżyciu narodów rozwija się ludzkość to ponad państwami zarysowuje się organizacja ponadpaństwowa”/ lub gdy pisze o polityce kolonialnej, gdzie być może nieświadomie autor stara się usprawiedliwić imperializm kolonialny, tłumacząc go „brakiem równowagi wewnętrznej i stosunku ciśnienia zasadniczego do ciśnienia oportunistycznego”. Równie idealistycznie, jak państwo i społeczeństwo traktuje prof. Piętka prawo, które wg niego /strona 131/ jest jedynie normatywnym przeżyciem prawnym. Prawo pozytywne rozpatrywane jest również w oderwaniu od istniejącego podłoża, co doprowadza, do takich paradoksów, jak podawanie historii prerogatyw Prezydenta z Konstytucji kwietniowej w latach 1939—1944 przy jednoczesnym zapoznawaniu tak zasadniczych aktów prawnych Manifest PKWN. Charakterystyczną jest również lektura zalecona, zamieszczona na końcu *Wstępu*. Zawiera ona 8 pozycji w języku rosyjskim; z tego 7 są to pozycje z lat 1905, 1907, 1909, 1910, i 1913.

Obraz nie byłby jednak pełny, gdybyśmy nie przedstawili jeszcze sytuacji zakresu teorii i filozofii prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim i Warszawskim. Na Uniwersytecie Jagiellońskim do teorii prawa /prof. Lande/ obowiązują dwa podręczniki. Jeden to omówiony już *Wstęp* prof. Peretiatkowicza; drugi to *Wstęp do nauki prawa i moralności* Petrażyckiego. Wprawdzie z zakresu filozofii prawa obowiązuje studentów książka Poliltzera *Elementy filozofii*, ale równolegle obowiązuje również idealistyczny skrypt prof. Landego /krytykowany zresztą publicznie przez samych studentów prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego/.

Specyficzna sytuacja panuje natomiast na Uniwersytecie Warszawskim. Katedra teorii prawa prowadzona jest przez profesora marksistę /prof. Nowiński/. Mimo to zakres przedmiotu nie jest konkretnie sprecyzowany, studenci do połowy maja br. nie mogli uzyskać wymogów egzaminacyjnych, które ostatecznie przedstawiają się następująco.

- 1/ Stalin — O materializmie dialektycznym i historycznym
- 2/ Politzer — Elementy filozofii
- 3/ Teoria gosudarstwa i prawa /pod redakcją Arżanowa/ rozdział XXIV
- 4/ Wiszniewski — Elementy prawa.

Należałoby się zastanowić, czy zakres wymogów z tej dziedziny jest wystarczający i czy daje studentom właściwą wiedzę o przedmiocie. Niezrozumiałym wydaje się zalecanie dla studentów czwartego roku prawa książki Politzera, podczas gdy studentom pierwszego roku, których obowiązuje egzamin z *Wstępu do nauki prawa* zalecono *Wstęp do teorii marksizmu* prof. Schaffa. Wyniki egzaminów świadczą o słabym przygotowaniu studentów z tego przedmiotu, co może być częściowo usprawiedliwione niewskazaniem odpowiedniej literatury obowiązującej do egzaminu, a przede wszystkim brakiem podręcznika lub co najmniej brakiem prospektu opracowanego przez wykładowcę.

3. W zakresie powszechnej historii ustrojów państwowych i prawa nie było przed wojną żadnego podręcznika w języku polskim. Sytuacja nie zmieniła się w ciągu 5 lat Polski Ludowej.

W Krakowie /a do niedawna i w Warszawie/ obowiązuje skrypt powszechnej historii ustrojów państwowych i prawa Estreichera. Skrypt ten, który ukazał się 1946 r. jako przedruk przedwojennego jest całkowicie idealistyczny, napisany wiele lat wcześniej, nie zawiera żadnej próby tłumaczenia pewnych zjawisk historycznych czy przemian ustrojowych. W skrypcie nie ma oczywiście wzmianki o klasowej istocie państwa, student dowiaduje się, że państwo powstało z połączenia kilku rodów. Instytucje takie jak parlamentaryzm, system dwuizbowy, system wyborczy, prawa i wolności obywatelskie tłumaczone są wyłącznie dogmatycznie, bez podania tła i właściwej genezy. W rozdziale *O zadaniach państwa i idei narodowej*, w którym omawia się różne teorie państwa /poprzez Lassalle'a i Hegla do nacjonalizmu/ nie ma wzmianki o marksizmie. Skrypt, omawiając zagadnienia rasizmu, faszystów, „demoliberalizmu” /poprzez który rozumie się mieszczańską demokrację/ zawiera np. następującą charakterystykę demoliberalizmu: „Demoliberalizm istotnie wykazuje bardzo ujemne cechy /brak silnej władzy na czele państwa, demagogia partyjna, rząd klik, zmiany gabinetów itd./”. Socjalizm jest to program polityczny, którego zarodki mamy u Rousseau, a bliżej wykształcony został przez Saint Simona i Marksa. To wszystko. Natomiast źródłem wszelkich zmian i przeobrażeń w dziejach ludzkości jest najwyższa „siła kierownicza we wszechświecie, nieogarnięta rozumem i przeczuwana tylko wiarą”. Skrypt ten nie tylko nie wyczerpuje całego materiału, nie tylko podaje go w sposób tendencyjny, nie tylko

jest metafizyczny, idealistyczny i dogmatyczny, ale głosi /w 1946 r. wydany jeszcze w 1950 r. obowiązujący/ zdecydowanie wrogie ustrojowi teorie. Jest chyba czymś więcej niż karygodnym przeoczeniem, że każe się uczyć studentom w państwie budującym socjalizm, że „Rosja Sowiecka utworzyła w 1923 r. próbę zorganizowania państwa federacyjnego pod nazwą SSSR /sojusz socjalistyczno-sowieckich republik/ związanych ze sobą Konstytucją, jak dotąd, wobec terroru sowieckiego iluzoryczną” /strona 338/.

Na Uniwersytecie Lubelskim /im. Marii Curie-Skłodowskiej/ literatura do tego samego przedmiotu przedstawia się następująco:

- 1/ Stalin — O materializmie dialektycznym i historycznym,
- 2/ Halban — Skrypt z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.

We Wrocławiu obowiązuje podręcznik I. Jaworskiego pt. *Zarys powszechnej historii ustrojów państwowych i prawa*. Zarys prof. Jaworskiego stoi na pograniczu skryptu i podręcznika. Jego zewnętrzna forma /drukowany w formie książki, podana dość obszerna literatura/ kwalifikuje go na książkę, pobieżność jednak przedstawienia zagadnień uprawiałaby do nazwania tej pracy skryptem. Zarys cechuje formalizm i idealizm przy ujmowaniu zagadnień. Autor zestawia np. akty prawne /w porządku chronologicznym/ bez próby wyjaśnienia treści klasowej przemian w dziedzinie prawa. Zarys obejmuje jedynie historię ustrojów Francji, Anglii i Niemiec. O ustroju Stanów Zjednoczonych AP autor tylko wspomina w związku z omawianiem aktów prawnych wydanych w okresie Rewolucji Francuskiej. We wstępie prof. Jaworski zapowiada osobne omówienie historii Rosji, czego jednak dotychczas nie uczynił. Wśród 90 pozycji bibliograficznych nie ma ani jednej pozycji marksistowskiej. Podręcznik ten w żadnym wypadku nie stanowi odpowiedniego materiału dla studentów wydziału prawa.

Ostatnio ukazał się skrypt opracowany przez prof. dr Karola Koranyi'ego obejmujący część wykładu /starożytność/. Skrypt ten /obowiązuje na Uniwersytetach: Toruńskim i Warszawskim/ jest wyczerpującym opracowaniem przedmiotu opartym o podstawy metodologii marksistowskiej i uzupełniany sformułowaniami klasyków marksizmu.

4. Jeśli chodzi o historię ustroju i prawa Polski, to podręcznikiem podstawowym na wszystkich prawie wydziałach jest *Historia ustroju Polski — Korona* St. Kutrzeby. Podręcznik ten ukazał się po raz pierwszy w 1905 r., obecne wydanie jest wydaniem dawnym. Jest on chyba dostatecznie znanym i szersze omówienie go jest raczej niecelowe. Obszerna recenzja ukazała się w *Myśli Współczesnej* pióra K. Śreniowskiego. Jako materiały uzupełniające do historii ustroju zalecone są również: skrypt prof. Balzera oraz Wojciechowskiego *Państwo Polskie w wiekach średnich*. Skrypty i podręczniki te niewątpliwie utrudniają studentom właściwe zrozumienie historii, zrozumienie jego własnego państwa, zrozumienie istoty procesów historycznych i przemian ustrojowych, genezy państwa. Nie odbiega od tej zasadniczej

linii skrypt pod tytułem *Historia ustroju Polski, okres wstępny* — na podstawie wykładów uniwersyteckich prof. dr S. Wysłoucha wydany we Wrocławiu w 1949 r. Wstępne, ogólne uwagi dotyczące istoty państwa, nie mają nic wspólnego z nauką marksistowską teorią państwa. Autor nie uznaje oczywiście klasowości prawa, a podział historii ustroju Polski na cztery okresy przyjmuje za profesorem Balzerem. W sumie skrypt nie przedstawia wartości naukowej.

5. Z dziedziny prawa państwowego w 1949 r. ukazał się w Bibliotece Zrzeszenia Prawników Demokratów podręcznik prof. Rozmaryna *Polskie prawo państwowe*. Wprawdzie na samym początku autor zastrzega, że „książka niniejsza jest zarysem, a nie podręcznikiem uniwersyteckim” ale w praktyce stała się podręcznikiem uniwersyteckim pierwszym i jedynym z tego zakresu podręcznikiem marksistowskim. Zakres podręcznika nie obejmuje całości przedmiotu, a uzupełnienie jego stanowią skrypty wydane przez tegoż profesora. Wydawać by się wobec tego mogło, że w tym zakresie sytuacja przedstawia się zadawalająco. Niestety zadawalająco tylko na Uniwersytecie Warszawskim, na innych bowiem uniwersytetach studentów obowiązują inne podręczniki.

W Poznaniu ukazało się już 9 wydanie *Państwa współczesnego* prof. Peretiatkowicza. Pierwsze wydanie ukazało się w Krakowie w 1916 r. Ostatnie w roku 1949. Zmiany jakie autor wprowadził do swego podręcznika są tyleż nieliczne co charakterystyczne.

We Wrocławiu studenci mają wprawdzie zalecony podręcznik prof. Rozmaryna, lecz obowiązujący jest przede wszystkim podręcznik prof. Mycielskiego: *Polskie Prawo Polityczne*. W książce tej przedstawione jest ustawodawstwo w sposób ściśle dogmatyczny, bez omówienia podbudowy społeczno-gospodarczej. Ustrój Polski traktuje autor w sposób nie tyle dynamiczny co przejściowy. W pracy prof. Mycielskiego nie znajduje żadnego odbicia typ państwa, pominięto również w pracy cały szereg zasadniczych zagadnień jak np. planu gospodarczego, praw i wolności obywatelskich i inne. Zagadnienie reformy rolnej /1 1/2 strony/ tak samo jak zagadnienie nacjonalizacji /1/2 strony/ potraktowane są nie jako zasadnicze reformy ustrojowe, lecz jako „ważna nowość”. Cechą charakterystyczną pracy prof. Mycielskiego jest ogromna płytkość przy traktowaniu zagadnień / co znajduje swój wyraz również w zeszytach „Filozofii Prawa”/ i to tak ważnych jak zasadnicze, podstawowe zagadnienia ustrojowe Państwa Polskiego.

W Krakowie w zakresie prawa państwowego zalecono dość szeroko literaturę:

Engels — *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa*,

Lenin — *Państwo a Rewolucja*,

Rozmaryn — *Istota Państwa*,

Rozmaryn — *Polskie Prawe Państwowe*, dalej artykuły Prezydenta Bieruta, Premiera Cyrankiewicza, Wicepremiera Minca, Dymitrowa, Mao-Tse-Tunga,

Mańkowskiego, Klimowieckiego. Jednak podręczniki prof. Grzybowskiemu mogą nasunąć szereg wątpliwości. Jeśli chodzi o „Naukę o państwie część pierwsza” prof. Grzybowski stara się stanąć na płaszczyźnie marksizmu-leninizmu. Nie można mimo to nazwać jego pracy marksistowską. Prof. Grzybowski pomija bowiem klasową istotę i klasowy charakter państwa, rozumiejąc przez państwo „rządzących”. I jakkolwiek prof. Grzybowski pisze, że państwo jest narzędziem do obrony rządzących, jako klasy społecznej — to jednak nie określa, jaka to jest klasa, co ma wspólne z bazą ekonomiczną i walką klas. Autor nie mówi również ani o powstaniu państwa ani o jego obumieraniu. Błędnie jest także potraktowane zagadnienie powstania prawa. „Prawo powstało w drodze zwyczaju, nie było specjalnych »organów«, a więc określonych ludzi tworzących prawa w imieniu państwa... Pierwszą zmianą w tym stanie rzeczy, która dokonała się już w zamierzchłej starożytności, było przejęcie przez państwo przestrzegania wykonania prawa”. Dalszym bardzo poważnym błędem podręcznika prof. Grzybowskiemu jest przecenianie znaczenia burżuazyjnej nauki prawa, przy jednoczesnym niedocenieniu osiągnięć nauki radzieckiej.

Z dziedziny nauki o państwie ukazała się również w 1947/48 r. w Poznaniu, praca prof. Znamierowskiego pt. *Prolegomena do nauki o państwie*. Książka ta ma stanowić wstęp do właściwej nauki o państwie. Pierwsze wydanie ukazało się w 1930 r., w swej przedmowie do obecnego powojennego wydania autor stwierdza wyraźnie, że zmiany jakie mógłby wprowadzić dotyczyłyby jedynie sposobu podania zawartych w książce wiadomości, a nigdy jej treści. Już na wstępie prof. Znamierowski stawia w wątpliwość możliwość zbudowania pewnego systemu teoretycznego „Można zasadnie wątpić czy w ogóle kiedykolwiek wywody, dotyczące życia społecznego dadzą się uporządkować w spójny system... Można stwierdzić, że poziom dzisiejszej naszej wiedzy o społeczności wyklucza możliwość by dziś mogła się udać próba zbudowania takiego systemu”. Stanowi to wyraz postawy ideologicznej agnostycyzmu. Cały podręcznik i wszystkie rozważania prof. Znamierowskiego są zupełnie oderwane od istniejącej rzeczywistości. Autor rozpatruje i analizuje grupę izolowaną i abstrakcyjną w sposób oderwanie logiczny. W ten właśnie sposób prof. Znamierowski posługuje się dość skomplikowaną nomenklaturą rozważa zagadnienia normy izolowanej, układu norm normy izolowanej nieizolowanych jednostek itd. Już same tytuły rozdziałów mają specyficzny wydźwięk. Rozważania prof. Znamierowskiego są najzupełniej abstrakcyjne np. „działania, które dają nam zadowolenie bezpośrednio podejmujemy dla nich samych, nie zaś dla zadowolenia jakie dają”. Zagadnienie władzy, rozkazu np. ujęte są w sposób abstrakcyjno-semantyczny bez uwzględnienia konkretnej treści sięgając czasami po uzasadnienia psychologiczne. „Cóż to jest władza?”. Odpowiada na to prof. Znamierowski w następujący sposób: /str. 112/ „Rozkaz najściślej jest związany ze stosunkiem władzy. Że A ma władzę nad B mówimy przede

wszystkim tam, gdzie A rozkazał skutecznie to znaczy gdzie jego rozkaz spotkał się z posłuchem B. Rozkaz znajduje posłuch wówczas, gdy wykonawca nakazanego czynu uważa, że wykonuje go dlatego, że został mu nakazany... Władza istnieje ze względu na zestawienie tych dwóch zdarzeń rozkazu i jego wykonania". I dalej „możemy mówić o władzy w ujęciu aktualistycznym i possibilistycznym”. W ten sam sposób snuje prof. Znamierowski rozważania o poczuciu władzy. „Rozkazodawca /strona 121/ może być pewnym swej władzy ponad miarę prawdopodobieństwa. Leży to mianowicie w psychologii działania, że w chwili wykonania czynu przeceniamy często w bardzo wielkim stopniu prawdopodobieństwo osiągnięcia zamierzonego wyniku. Wykonawca czynu w chwili rozwijania swej akcji zawsze ma subiektywną pewność, że osiągnie swój cel zamierzony”. Dalej prof. Znamierowski pisze: „władza spolaryzowana wykazuje szczególną treść i stałość. Poczucie wyższości znajduje tu bowiem odpowiednik w astenicznym poczuciu niższości u poddanego, które niezmiernie pogłębia uległość jego i usuwa wszelką myśl odporu”. Przytoczone przykłady charakteryzuje chyba dostatecznie podręcznik wydany w 1948 r.

W 1947 r. wydano w Toruniu skrypt będący streszczeniem wykładów prof. Kornatowskiego wygłoszonych w r. ak. 1948/49. Skrypt ten zupełnie nie odpowiada wymogom stawianym uniwersyteckim pomocom naukowym. Brak w nim systematyki i metody. Niektóre podstawowe zagadnienia podane są w sposób błędny. Tak np. przy rozpatrywaniu zagadnień narodowościowych pominięto w skrypcie bogate osiągnięcia nauki marksistowskiej w tym przedmiocie. Również twierdzenia o sytuacji mniejszości narodowych w Polsce przedwrześniowej /str. 63/ budzą poważne wątpliwości.

Omówienie takich zagadnień jak faszyzm, nacjonalizm, ruch robotniczy, teoria partii jest często błędne i niewystarczające.

Na Akademii Nauk Politycznych obowiązywał skrypt z wykładów prof. Biskupskiego. Ponieważ był on także używany przez studentów wydz. prawa uzasadnionym będzie jego omówienie w ramach tego referatu. Całość skryptu oparta jest na radzieckim podręczniku *Teoria państwa i prawa* zatwierdzonym na rok 1950 dla użytku wyższych uczelni w ZSRR. Materiał obejmujący w podręczniku około 200 stron, w skrypcie został streszczony na zaledwie 63 stronicach. Z tego względu całość wypadła zanadto skondensowana i stanowi raczej obszerny konspekt do omówienia zagadnień. To skondensowanie materiału obniża niewątpliwie wartość tego skryptu jako pomocy naukowej dla studentów, gdyż zmusza w zasadzie studenta, który chce opanować materiał do „wykuwania” na pamięć suchych formuł i twierdzeń. Poważnym brakiem skryptu jest zupełnie pominięcie istoty państwa demokracji ludowej, przy omówieniu ogólnych pojęć państwa i prawa, choć można to usprawiedliwić tym, że zagadnienie to będzie niewątpliwie omawiane na wykładach z prawa państwowego krajów demokracji ludowej. Na ogół należy jednak stwierdzić, że skrypt jest tak pod względem treści jak i metodologicznym słuszny.

Drugi skrypt prof. Biskupskiego — *Ustroje polityczne mocarstw* — Zeszyt I — *Ustrój ZSRR* jest obszerniejszy i w zasadzie obejmuje całość tematu. Skrypt ten jest cenną pomocą naukową, która daje w zwięzłym skrócie całość materiału w zakresie uniwersyteckim. Korzystnym jako uzupełnieniem byłoby przeprowadzenie pewnych porównań ustroju ZSRR z ustrojem krajów demokracji ludowej, gdyż uwypukliłoby socjalistyczny charakter państwa i prawa krajów demokracji ludowej.

Skrajnie idealistycznym jest skrypt z wykładów prof. Łapickiego /Uniw. Łódzki/ wydany w r. 1946, ale niestety, do dziś jeszcze używany przez studentów. Najlepszą charakterystyką tego skryptu będzie następujący cytat: „Stąd widać, jak niesłuszne jest określenie prawa jako nadbudówki nad ekonomiką /Marks/ lub też jako ekonomiki ujętej w paragrafy... pogląd ten zdradza brak zrozumienia istoty wytworów ducha ludzkiego oraz pomieszania prawa i praw fizycznych i socjologicznych, które istotnie jak wiemy, stanowią tylko odwzorowanie rzeczywistości faktycznych” /str. 7/.

6. Dość specyficzna sytuacja panuje w dziedzinie prawa administracyjnego. Żadne bowiem z powojennych wydawnictw o charakterze podręcznikowym nie odpowiada warunkom, jakie powinny spełniać podręczniki uniwersyteckie⁴. Opracowanie S. Kasznicy — *Polskie prawo Administracyjne* /r. 1945/ zawiera zasadnicze błędy z zakresu pozytywnego prawa polskiego wydane go po wyzwoleniu. Autor wykazuje brak zrozumienia tendencji rozwojowych polskiego prawa administracyjnego, pozostaje pod wpływami starej nauki. Tak np. sprawę samorządu, stosunku administracji rządowej do samorządowej przedstawia najzupełniej błędnie i fałszywie — co jest konsekwencją, że Kasznica traktuje jednakowo te zagadnienia dla ustroju państwa kapitalistyczno-obszarniczego i państwa demokracji ludowej. Twierdzenia tego rodzaju, że „samorząd jest tamą przeciw wszechwładzy państwa i w jego imieniu rządzącej biurokracji czy partii, że jest jednym z najważniejszych szańców poza którym może się schronić wolność obywatelska” obrazuje dokładnie niezrozumienie nowej roli jakościowo innej administracji państwa ludowego.

Książka prof. J. Starościaka — *Administracyjny ustrój Polski* — wydana w r. 1947, przedstawiając dogmatycznie aktualny ustrój administracyjny Polski, spełniła w swoim czasie rolę niewątpliwie pozytywną, obecnie jednak jest już zupełnie zdezaktualizowana.

Opracowanie prof. Langroda — *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej* pomyślane jest jako wstęp do obszernego, kompletnego systemu. Autor usiłuje przeszczepić na grunt polski dorobek nauki burżuazyjnej, wykazuje zupełne niezrozumienie nowego ustroju Polski i jego nowych instytucji.

W r. 1949 ukazały się trzy zeszyty wydawnictwa — w opracowaniu prof. Starościaka — *System organizacyjny administracji polskiej* oraz *Nauka*

⁴ Referat prof. Jaroszyńskiego — Państwo i Prawo Nr 10/1950.

administracji i prawo administracyjne mające charakter uzupełnień do wykładów. Na treść zeszytu składa się wykład oraz wypisy m.in. także autorów radzieckich. Autor stara się nadać opracowaniu charakter marksistowski.

Skrypty z zakresu administracji nie spełniają również swego zadania. Dla przykładu omówimy skrypt z wykładu prof. Zimmermanna, wydany w Poznaniu w 1949 r. Skrypt ten — napisany jest przy pomocy metody formalnej, bez uwzględnienia nawet związku między zagadnieniami administracyjnymi a ogólną nauką o państwie. Zdobycze nauki marksizmu-leninizmu nie są w skrypcie w ogóle uwzględnione. Nie można pominąć faktu, że w skrypcie wprowadzono pewne problemy aktualne i pewne nowe formy ustrojowe /część pierwsza str. 29, 70, 142; część druga str. 36, 62, 81/ uczyniono to jednak w sposób opisowy i powierzchowny, pozbawiony właściwego naświetlenia i wskazujący na dysproporcję w treści na niekorzyść tych nowych problemów /np. omówieniu państwa socjalistycznego poświęcono zaledwie dwie strony/. Klasowa treść norm prawno-administracyjnych oraz instytucji prawa administracyjnego nie została w ogóle uwzględniona. Przyjęty w skrypcie podział historycznego rozwoju na okresy państwa patrymonialnego, policyjnego i praworządnego tkwi korzeniami w burżuazyjnych teoriach nauki o państwie.

Jako oparty na kryteriach formalnych /starannie wyliczonych w skrypcie np. monizm prawny, kontrola sądów nad administracją, dominium eminens, prawo dobrze nabyte itd./ daje błędne podstawy do historycznej oceny instytucji państwa, zaciemniając całkowicie jego treść i istotę. W krótkim, bo zaledwie dwie strony liczącym ustępie o państwie socjalistycznym znajdujemy kilka sformułowań sprzecznych z nauką marksizmu-leninizmu i wypaczających istotny sens państwa typu socjalistycznego. Przykładem może być potraktowanie „tzw. państw demokracji ludowej”, jako tworów przejściowych, pośrednich między państwem liberalnym a socjalistycznym, łączących w sobie „elementy liberalnego państwa praworządowego XIX wieku z coraz bardziej narastającymi elementami państwa socjalistycznego”. Charakterystyczną cechą skryptu jest jego „obiektywizm”.

7. Z dziedziny prawa międzynarodowego ukazały się po wojnie dwa podręczniki uniwersyteckie: prof. L. Ehrlicha *Prawo Narodów* i prof. J. Makowskiego *Podręcznik prawa międzynarodowego*. Są to poprawione i uzupełnione wydania podręczników, które ukazały się w latach przedwojennych. Oba wydawnictwa jakkolwiek opracowane z wielką starannością i w oparciu o niezwykle bogaty materiał, nie odpowiadają potrzebom i wymaganiom, jakie stawiają podręcznikom prawa międzynarodowego nowe powojenne warunki. Mimo że wydane w nowych warunkach podręczniki te mają charakter podręczników przedwojennych „w nieco odnowionej szacie”.

Autorzy przygotowując ostatnie wydanie, stosowali te same co dawniej idealistyczne pseudonaukowe metody, wprowadzali błędne niewłaściwe pojęcia. Tak np. definicja prawa podawaną przez prof. Makowskiego jako zespołu

„przepisów rządzących stosunki pomiędzy członkami określonej gromady ludzkiej”, jak też jego określenie państwa jako „najdoskonalszego” związku, opartego „na współpracy swych członków i ich solidarności” zorganizowanego w celu umożliwienia współżycia społecznego — zupełnie fałszywie przedstawia istotę państwa i prawa. Definicje prawa międzynarodowego sformułowane przez obu autorów /prof. Ehrlicha: „ogół norm prawnych, obowiązujących między państwami, które należą do społeczności międzynarodowej”; prof. Makowski: „zbiór norm i instytucji rządzących i regulujących wzajemne stosunki pomiędzy członkami społeczności międzynarodowej tj. państwami suwerennymi i ich związkami”/ zacierają charakter prawa międzynarodowego jako zespołu norm regulujących stosunki między państwami, wyrażających wolę klas panujących w tych państwach.

Najbardziej aktualne zagadnienia prawa międzynarodowego nie znajdują w tych opracowaniach należnego im i właściwego omówienia. Takie zasadnicze problemy jak zagadnienie suwerenności, równości, walki narodowyzwolenczej, interwencji i ingerencji nie są właściwie akcentowane. Autorzy zupełnie nie korzystają z naukowej literatury radzieckiej, nie wydobyli też wkładu Związku Radzieckiego w rozwój prawa międzynarodowego i szeregu jego nowych instytucji.

Skrypt prof. Bierzanka wydany przez Wyższą Szkołę Nauk Admin. w Łodzi również nie odpowiada potrzebom studentów wydz. prawa. Opracowany już w warunkach powojennych wzbudza te same zastrzeżenia. Posługiwanie się przez autora niewłaściwą metodą, doprowadza go do takiego np. wniosku, że „zagadnienie źródeł materialnych prawa międzynarodowego przedstawia jeden z najhardziej skomplikowanych problemów filozoficzno-prawnych”. Wniosek ten wyciąga autor po omówieniu poglądów różnych kierunków /racjonalizm, woluntaryzm, kierunek historyczno-socjologiczny/ wśród których pominięto zupełnie stanowisko marksistowskie. Nic więc dziwnego, że problem ten wydaje się autorowi jednym z najhardziej skomplikowanych problemów „filozoficzno-prawnych”. Pojęcie prawa międzynarodowego, jakie wprowadza prof. Bierzanek do swojego skryptu, jest zupełnie formalistyczne.

Na Uniwersytecie Warszawskim nie wydano niestety żadnego skryptu. Wykładowca tego przedmiotu prof. Berezowski, zalecił studentom w okresie przedegzaminacyjnym podręcznik radziecki pod redakcją prof. Kryłowa. Zapowiedziane tłumaczenie tego podręcznika ukazało się dopiero po wakacjach br. Studenci nie władający językiem rosyjskim nie mogli więc przygotować się do egzaminu z zalecanego podręcznika, a zmuszeni byli korzystać z tych wydawnictw, które omówiliśmy poprzednio. Ukazanie się tłumaczenia podręcznika prof. Kryłowa zmienia zasadniczo sytuację w dziedzinie prawa międzynarodowego.

8. Nowy przedmiot wprowadzony na wydziały prawne w okresie powojennym — wyznaniowe prawo państwowe został opracowany w formie skryptowej

przez prof. H. Świątkowskiego. W r. 1949 ukazały się dwie części opracowania: cz. 1 i cz. IV. Część pierwsza obejmuje wstęp historyczno-prawny oraz dzieje stosunku państw do kościołów /od powstania chrześcijaństwa do czasów najnowszych/, część IV — dzieje stosunku państwa i wyznań w Polsce od rozbiorów do drugiej wojny światowej. Zapowiedziane są dalsze części omawiające: wyznaniowe prawo państwowe w innych krajach, obowiązujące w Polsce wyznaniowe prawo państwowe, historyczny rozwój pojęcia i zakresu przestępstw tzw. religijnych. Opracowanie prof. Świątkowskiego odznacza się bogactwem materiału historycznego. Skrypt opracowany jest w oparciu o metodę materializmu historycznego, zawiera wiele wypowiedzi klasyków marksizmu, stanowi udaną próbę marksistowskiego podręcznika prawa wyznaniowego. Jest on używany na wszystkich wydziałach prawnych naszych uniwersytetów. W zakresie tego przedmiotu, który spełnia na obecnym etapie specyficzną rolę — jako część prawa administracyjnego — skrypt ten uznać należy za wystarczający.

9. Pożyteczną pomocą naukową, ostatnio już w niektórych częściach zdezaktualizowaną jest wydawnictwo Zakładu Prawa Skarbowego Uniw. M. Kopernika opracowane pod redakcją prof. L. Kurowskiego *Wybrane źródła i literatura do obowiązującego prawa finansowego*. Wydawnictwo to było używane prawie na wszystkich uniwersytetach i skutecznie wypełniało brak systematycznego podręcznika obowiązującego prawa finansowego.

Brak podręcznika obejmującego system obowiązującego prawa finansowego wydaje się rażący, jeśli bierze się pod uwagę znaczenie tego przedmiotu.

10. Z zakresu prawa cywilnego materialnego zasadniczą literaturą obowiązującą jest podręcznik prof. Zolla *Prawo Cywilne w Zarysie* wraz z osobno wydanymi „Zobowiązania” oraz „Zobowiązania” Longchamps de Berrier. Podręcznik prof. Zolla pisany przy pomocy metody formalistycznej, oparty jest o neokantystyczne koncepcje Stammlera „prawa naturalnego o zmiennej treści”, „prawa słusznego” — koncepcje, którymi Stammler pragnął zwalczać marksistowskie założenia w stosunku realnej bazy do nadbudowy ideologicznej. W podręczniku tym znajdujemy także np. sformułowania: „Treść tych stosunków życiowych, ich etyczne podstawy, ich cele i wartość ekonomiczną i społeczną — to wszystko razem nazywamy naturą rzeczy. Zasady zaś i prawa, które w danej chwili uważać należy ze względu na naturę rzeczy za najlepsze i najodpowiedniejsze, za ideał norm prawnych, oznaczają będą nazwą prawa prawnego... prawo jest czymś niestałym: zmienia się i zmieniać musi z rozwojem stosunków życiowych z ewolucjami, jakimi podlegają stosunki faktyczne, etyczne poglądy, gospodarstwo społeczne i struktura socjalna czyli z przeobrażeniami tego, cośmy nazywali naturą rzeczy. Inna kwestia, czy podkładem prawa prawnego, akomodującego się do zmiennych stosunków życiowych, nie są zasady niezienne, na absolutnych prawach i moralności oparte. Za potwierdzenie-

niem tego pytania przemawiają głębokie studia Jaworskiego: p. np. jego pracę: *Czy obowiązuje coś ponad Konstytucją /R.P.E. IX/*. „W danej chwili i w danym społeczeństwie może być jednak prawo tylko jedno, a chociaż poszczególnym jednostkom i różnym warstwom społecznym lub grupom ekonomicznym przyświecają często różne ideały prawne, to jednak za treść prawa sprawiedliwego można uważać tylko takie normy, które wskazane są potrzebami całego społeczeństwa i które — jak mówi Stammler — są ideałem życia społecznego”.

„Czy prawo w powyższym pojęciu jest prawem w znaczeniu właściwym? ... to zależy ... czy mianowicie ma ono moc obowiązującą. Otóż niewątpliwie moc ta istnieje o tyle, o ile normy prawa prawego stały się treścią ustaw, względnie prawa zwyczajowego, ale w takim razie przymus prawny łączy się nie z prawem sprawiedliwym jako takim, ale z ustawą lub z prawem zwyczajowym”...

„Jeżeli prawo sprawiedliwe sprzeciwia się normom ustalonym lub zwyczajowym, to nie ma mocy obowiązującej. I ten objaw wskazywałby więc na to, że prawo sprawiedliwe jako takie może być kwalifikacją norm prawnych, ale samo przez się nie jest prawem”.

„jednakże, jak w dalszym ciągu wykaże ustawa i prawo zwyczajowe nie są i być nie mogą wyłącznymi źródłami obowiązującego prawa. Uzupełniać się je musi przez tzw. wykładnię, czyli interpretację, która czerpie normy prawne z prawa sprawiedliwego w znaczeniu wyżej podanym. W tym zakresie zatem prawo jest źródłem prawa obowiązującego i zostaje urzeczywistnione w drodze przymusu”.

„Siła obowiązująca prawa prawego w granicach powyżej podanych jest koniecznością; wynika ona z niedoskonałości ustawy i prawa zwyczajowego”...

Poza tym podręcznik ten był pisany zbyt pośpiesznie, bezpośrednio po ukazywaniu się poszczególnych aktów ustawodawczych — właściwie już w chwili swego ukazania się, a tym bardziej dzisiaj, przestarzały zawiera, przeważnie tylko dosłowny przedruk tekstów przepisów ustawowych z dodaniem bardzo szczupłych objaśnień, stanowiących właściwie tylko parafrazę tych przepisów.

Jedynie z wykładów prof. Szera na Uniwersytecie Łódzkim opracowano skrypty. Wykład posługuje się metodą marksistowsko-leninowską. Niestety zawiera tylko przepisy ogólne prawa cywilnego i prawo osobowe.

Odnośnie procedury cywilnej to ukazały się podręczniki Waligórskiego oraz Miszewskiego. Oba te bardzo obszerne podręczniki nie mogą jednak zaspokoić wymagań naszych wyższych uczelni, gdyż mimo dużego wkładu pracy oba pisane są całkowicie przy pomocy metody formalno-dogmatycznej. Analiza skryptów z tego zakresu wypada również niezadawalająco. Na Uniwersytecie Poznańskim obowiązuje skrypt J. Kręglewskiego z procedury cywilnej. Wydany w 1948 r. mógłby z równym powodzeniem nosić datę 1938 r. Jako zaś skrypt z okresu Polski Ludowej jest najzupełniej niedostateczny. Zawiera on

systematyczny spis instytucji i zasad:

- 1/ kodeks postępowania cywilnego cz. 1 /postępowanie sporne/;
- 2/ kodeks postępowania cywilnego cz. 2 /postępowanie egzekucyjne i zabezpieczające/.

Autor nie wykracza poza tematykę prawa polskiego traktowaną dogmatycznie. Interpretuje przy tym zasady k.p.c. w sposób, który można określić „jurydycyzmem”. Normy są tu wewnętrznie ze sobą zgodne same dla siebie, a nie ze względu na konkretną treść podłoża, bazy społeczno-gospodarczej. Zagadnienia literatury radzieckiej nie są w ogóle uwzględnione. Również i podstawowe zasady postępowania cywilnego w prawie radzieckim, wskazujące kierunek rozwojowy dla prawa socjalistycznego nie są w ogóle wzmiankowane. Takie podstawowe zasady dotychczasowego k.p.c. jak np. „zasada dyspozycyjności” — nie są w ogóle dyskutowane krytycznie /por. str. 37 skryptu/, wyjaśnienie „formalizmu procesowego” /ta sama strona/ wydaje się zacierać istotę zagadnienia.

11. Wydane po wojnie z dziedziny prawa karnego podręczniki prof. Woltera i Śliwińskiego odznaczają się dużą precyzją myślenia dogmatycznego i reprezentują poziom najwyższy z punktu widzenia nauki burżuazyjnej. Praca prof. Śliwińskiego jest wyczerpującym kompendium stanu dogmatycznej wykładni prawa na dzień wydania książki. Jeżeli chodzi o wyczerpanie judykatury Sądu Najwyższego okresu międzywojennego jest ona pod tym względem dotychczas nieprześcigniona; dla każdego naukowca stanowi niewątpliwie cenne źródło wiadomości. Autor wprowadza w ramach wykładni k.k. z 1932 r. szereg nowych konstrukcji. Podręcznik prof. Woltera cechuje zwartość i jednolitość metodologiczna. Autor ograniczając się świadomie do abstrakcyjnej „metody jurydycznego myślenia” buduje konsekwentny system oparty na neokantyzmie. Podręczniki te, jakkolwiek w pierwszych latach po wojnie wobec braku podstawowych nieraz źródeł do pracy naukowej, spełniały doniosłą rolę, obecnie, nie odpowiadając wymogom metodologii marksistowskiej nie nadają się do nauczania młodzieży uniwersyteckiej.

Skrypty wydane na uniwersytetach, na których podręczniki nie obowiązują /Poznań, Toruń, KUL w Lublinie/ nie reprezentują ani właściwej metodologii ani w ogóle rzetelnej pracy naukowej z jakiegokolwiek pozycji ideologicznej.

Tak np. skrypt z wykładów prof. Bossowskiego /Poznań/ wydany w r. 1948 ani słowem nie uwzględnia jakościowych zmian, wprowadzonych do ustawodawstwa karnego przez Polskę Ludową. Student otrzymuje sztywną sumę formułek prawnych, abstrakcyjnych, niezwiązanych nawet w jakiś konsekwentny system. O istocie prawa karnego, o zadaniach i funkcjach tego prawa w ogóle, a w szczególności na określonym etapie rozwoju stosunków ekonomiczno-socjalnych w Polsce Ludowej ani słowa. Brak w skrypcie nie tylko powiązania nauki prawa karnego z bazą lecz nie daje on studentowi nawet schematyczne-

go zarysu historycznego /choćby oderwanego/ i rozwoju tego prawa i nauki o tym prawie. Po prostu student otrzymuje złe i powierzchowne streszczenie artykułów kodeksu karnego z r. 1932 jako jedyną sumę wiedzy. W niektórych punktach i to kluczowych streszczenie pomija zmiany wprowadzone przez judykaturę Polski Ludowej do wykładni przepisów. I tak nie uwzględnia się orzecznictwa Sądu Najwyższego do art. 54 /zasady wymiaru kary/ i 61 k.k. /warunkowe zawieszenie kary/. Nie poruszono zupełnie zagadnienia stosunku do orzecznictwa Sądu Najwyższego okresu dwudziestolecia pomimo wielkiej politycznej wagi zagadnienia i ukazania się orzeczenia w r. 1947. Brak jakiegokolwiek krytycznego ustosunkowania się do przepisów kodeksu, do tzw. szkół w doktrynie prawa karnego. Definicja przestępstwa — jedna zresztą z nielicznych definicji zawartych w skrypcie instytucji prawa karnego jest solidarystyczna. Przestępstwem jest czyn naruszający dobro „ochronione przez prawo w interesie ogółu”. Pod względem dogmatycznym skrypt też nie odpowiada wymogom uniwersyteckim. Jest on nie tylko powierzchowny, zbyt krótki, lecz niektóre sformułowania są błędne.

Jeżeli chodzi o skrypt z wykładów prof. Papierkowskiego KUL, Lublin, to zamiast recenzji lepiej zilustrują wartość pedagogiczną tej pracy autentyczne przykładowe cytaty. Mówią same za siebie i nie wymagają komentarzy.

Str. 33 „Możemy stwierdzić, że gdyby nawet najlepiej urządzić stosunki ekonomiczne, te zmniejszyłoby to tylko w małym stopniu ogólny kontyngent przestępstw. W każdym razie zmniejszyłaby się ilość przestępstw przeciwko cudzemu mieniu, ale ogólny procent przestępstw prawdopodobnie nie uległby znacznemu zmniejszeniu. Jednak tysiące ludzi żyje w tych samych warunkach a tylko pewne jednostki dopuszczają się przestępstw. Jeżeli więc chcemy ze zdrowego punktu widzenia podejść do prawa karnego, to musimy stwierdzić, że źródło przestępczości tkwi przede wszystkim i w naturze ludzkiej i w charakterze danej jednostki a dopiero w drugim rzędzie odgrywają tu rolę warunki społeczne”.

Str. 34 „Polityka kryminalna jest to nauka o najskuteczniejszych metodach zwalczania przestępstw. Naukę tę można uważać za syntezę psychologii i statystyki. „To samo jest również z pojęciem k a r y, którą ujmujemy jako akt zemsty za zło wyrządzone społeczeństwu.

Tego rodzaju zemsty nie jesteśmy w stanie inaczej zrozumieć, jak tylko przy pomocy psychologii. Zemsta jest bowiem uczuciem, a nauką która tłumaczy uczucie tłumaczy uczucia jest właśnie psychologia”. „Bardzo często słyszy się zdanie, że trzeba tak karać, aby wychowywać i poprawiać przestępcę. Jest to twierdzenie zupełnie fałszywe. Jeżeli nawet kara przyczynia się do zwalczania przestępczości, to jest to tylko jej funkcja uboczna, bowiem istotną cechą kary jest odpłata za popełnione przestępstwa”.

Str. 35 i 36. „Kwestia dziedziczności ma dla prawa wielkie znaczenie”.

„Polityka kryminalna może zapobiegać urodzeniu takiego dziecka, o którym wiadomo, że będzie miało w sobie skłonności zbrodnicze. Oczywiście, że

te skłonności w drodze odpowiedniego wychowania można by usunąć. Ale czy te da się przeprowadzić? Przecież dziecko to będzie się chowało wśród otoczenia, które temperament kryminalny ma rozwinięty w wysokim stopniu. Ludzie ci dają wszelkie po temu gwarancje, że wychowają dziecko jak najgorzej. Polityka kryminalna jest zdania, że nie należy dopuszczać do takich urodzeń i stosuje się w tym celu sterylizację. Obok sterylizacji występuje kastracja. Sterylizacja polega na ubezpłodnieniu na pozbawieniu możliwości rodzenia.

Kastracja polega na pozbawieniu w ogóle popędu płciowego. Sterylizację stosuje się w celu zapobieżenia urodzeniu się dzieci, które przyszły na świat ze skłonnościami kryminalnymi. Natomiast kastrację stosuje się do osób, które są szczególnie niebezpieczne na tle przestępczości płciowej.

Jeżeli chodzi o sterylizację, to w ostatnich czasach zyskuje sobie coraz większe prawa obywatelstwa.

„Następnym zagadnieniem, którym interesuje się polityka kryminalna jest kwestia przestępczości wielkiego stylu i tzw. proletariatu przestępczości, przez co rozumiemy włóczęgów, żebraków i prostytutkę”.

„Reforma hitlerowska sięga bardzo głęboko. Powołując się na „zdrowe przekonania ludu” po prostu powołuje się na istnienie prawa karnego zwyczajowego”.

„Niemcy po usprawiedliwienie chętnie powołują się na fakt istnienia prawa zwyczajowego karnego w Anglii, najbardziej demokratycznym społeczeństwie świata. Jest to jednak tylko pozornie słuszny argument. Anglia może pozwolić sobie na stosowanie prawa zwyczajowego tylko dlatego, że jej społeczeństwo prawie w stu procentach jest owiane duchem demokratycznym i tam nie ma obawy, że sędziowie ze swego prawa zechcą zrobić użytku na niekorzyść obywatela”.

Str. 54. „W naszych warunkach interpretacja historyczna jest na razie niemożliwa, z wyjątkiem tylko pewnych ustaw, które mają już swoich poprzedników. Np. dekret Prezydenta Rzeczypospolitej o szpiegostwie z r. 1934 wstąpił na miejsce dekretu z r. 1928. Jeżeli w dekrecie z r. 1934 będzie coś niejasnego, to w obrębie tych zagadnień, tzn. obrębie szeregu przestępstw, które łącznie nazywany szpiegostwem możemy posłużyć się interpretacją historyczną, bo mamy już poprzednią ustawę z tego zakresu”. Nowszych ustaw autor nie uznaje.

Str. 16, 17, 61 „...przestępców ideowych, tj. takich, którzy popełniają przestępstwo dlatego, aby służyć pewnej idei, bądź jako tzw. Rezonery tj. ludzie uzasadniający przy pomocy różnych sztucznych rozumowań na temat idei ogólnych korzystne dla siebie dążenia”.

„Nie wydaje się przestępca politycznego, który schroni się na teren innego państwa. Chodzi tutaj o tzw. prawo azyl u przestępców politycznych. Państwo sąsiednie jest na ogół zadowolone, gdy u sąsiada pod względem politycznym źle się dzieje, więc nie wydaje sprawców tego stanu”.

Skrypt z wykładów prof. J. Śliwowskiego /Toruń/ odróżnia od poprzednio omawianych pewną specyficzność. Autor skryptu w odróżnieniu od poprzednich widzi przemiany rewolucyjne Polski Ludowej, chciałby je nawet odpo-

wiednio ocenić i pozytywnie się do nich ustosunkować. Mało tego, sądzi, że przez epizodyczne często niezrozumiałe dla uczniów, a zapewne również dla samego autora wrywkowe i przykładowe cytowanie kilku zdań i autorów radzieckich stosuje już metodę marksistowską.

Zupełnie nieprzygotowanie autora do stosowania metodologii marksistowskiej sprawia, że może wbrew woli autora wychodzi parodia tej metody w skrypcie, nieprzekonywująca a stąd często naiwne, dziecinne sformułowania, przynoszące więcej szkody niż pożytku. Często napotyka się na poronione próby /niewiadomo, czy świadome, czy nieświadome/ pogodzenia tej metodologii ze szkołami „psychologicznymi”, „historycznymi” itp.

Oto próbki tej swoistej „techniki naukowej”: co można się z tego skryptu dowiedzieć o powstaniu normy prawnej i o jej istocie:

„Kiedy użyteczność takiego postępowania zaczęła nabierać coraz żywszych rumieńców życia, kiedy człowiek przekonał się, że taki porządek niesie dla niego szereg daleko idących dobrodziejstw, podporządkowanie danej organizacji społecznej rządowi takiej, czy innej normy zaczęło się uwidaczniać coraz wyraźniej. W ten sposób wytworzył się powoli czynnik normatywny, którego istotą jest poczucie związania daną normą, daną regułą, daną zasadą postępowania wypływającego z poczucia zbiorowości. Obojętną jest rzeczą w zasadzie w jaki sposób ta norma znajduje swój wydzźwięk w życiu społecznym, obojętne jest, na czym się opiera. Norma ta ma na celu zrealizowanie pewnych korzyści społecznych, przez takie, a nie inne postępowania. Jej treścią jest świadomość środowiska, że właśnie takie postępowanie jest najlepsze, że norma ta niesie ze sobą wszystkie dobrodziejstwa współżycia zbiorowego. Istotą zagadnienia jest pewnego rodzaju przymus psychospołeczny posłuchu dla tej normy”.

„Z istoty samego prawa wynika zatem, że grupa społeczna, w której prawo obowiązuje, czuje się temu prawu podporządkowana. Powstaje z jednej strony przekonanie o konieczności i niezbędności takiego postępowania, a z drugiej przeświadczenie, że ten, kto postępuje w taki sposób, postępuje słusznie, należyście i dobrze”.

A co o istocie prawa karnego?

„Prawo karne ma swoiste, odmienne oblicze. Prawo karne dąży do podkreślenia wagi pewnych bezwzględnych, nieprzekraczalnych dóbr społecznych. Chodzi tu o dobro społeczne mające swoistą wymowę i wydzźwięk”.

Próbka pouczającego dla studenta sformułowania o istocie kary: „Jednostka skrzywdzona chce biologicznie wyładować swoje emocje wówczas, gdy obrona jest już bezprzedmiotowa, bo zamach już nastąpił. Emocje te muszą być uzziemione. Stąd powstaje dążność do odwetu. Odwet miarkowany jest przez zasadę talionu, później przez zasadę proporcjonalności. Do tej pierwotnej, najbardziej zasadniczej fazy kary, kary odwetowej, kary już świadomej wyodrębniającej się od wybuchu ślepej zemsty, dołącza się powoli czynnik świadomej celowości. W ten sposób kształtuje się kara współczesna, względnie zbliżona”.

Przy omówieniu źródeł prawa karnego Polski Ludowej słuchacz otrzymuje na drogę taki bagaż teoretyczny:

„Mogą istnieć również przeżycia, które uznają, że zagrożenie danego czynu karą nie jest słuszne i właściwe i że dany czyn powinien być prawnie dozwolony. I tak np. kodeks rosyjski z 1903 r. uznawał za przestępstwo zdradę małżeńską. Przepis ten obowiązywał aż do trzeciego dziesiątka lat bieżącego stulecia na terenach Polski Centralnej i w dawnych naszych Województwach Wschodnich. Przepis ten w pewnym momencie stał się przepisem martwym, ponieważ do prokuratur przestały wpływać oskarżenia. Dowodzi to, że psychika prawna środowiska odwróciła się od takiego sposobu likwidowania konfliktów małżeńskich”.

„Często widzimy również proces przeciwny, polegający na tym, że czyny które przedtem były tylko moralnie potępione dzięki przeżyciom prawnym środowiska zmieniają płaszczyznę swego negatywnego wartościowania”.

„W pewnym jednak momencie przeżycia te wypłynęły poza sferę przeżyć czysto bezsankcyjnych i przyczyniły się do stworzenia nowego przestępstwa”.

Jeżeli ucznia ciekawi co to jest świadomość prawna w Polsce Ludowej — otrzymuje taką odpowiedź: „Wreszcie zastanowimy się nad tym jak należy rozumieć świadomość prawną w dzisiejszych warunkach naszego istnienia w Państwie Ludowym. Świadomość prawna środowiska musi być dziś rozumiana w sposób wybitnie społeczny. Państwo nasze po odzyskaniu niepodległości i na skutek procesów, które istniały już przed wybuchem wojny, a które pogłębiły się w toku jej trwania, na skutek szeregu wydarzeń z zakresu życia wewnętrznego społeczeństwa i faktów o charakterze międzynarodowym, przystąpiło do zasadniczej przebudowy zrębów państwowości i życia społeczno-gospodarczego. O tym nie należy zapomnieć, kiedy się mówi o świadomości prawnej środowiska”.

Autor, omawiając definicję przestępstwa podaną przez prof. Śliwińskiego, uważa ją za złą /jest ona solidarystyczna/ i daje taką krytykę /sądzi zapewne że marksistowską/: „Jeżeli chodzi o określenie jakie daje prof. Śliwiński / przestępstwo jest to czyn człowieka bezprawny, zawiniony, zwracający cię przeciwko dobru chronionemu przez prawo w interesie ogółu i zagrożony karą kryminalną/, to musimy stwierdzić, że określenie to nie jest określeniem czyste materialnym, a formalno-materialnym. Pojęcie „dobra chronionego przez prawo w interesie ogółu” nie jest tu bliżej sprecyzowane. Dobro to musi być jednak rozumiane w sposób właściwy, eliminujący wszelką krzywdę jednostki, wykluczający władztwo człowieka nad człowiekiem. Musi stać w ścisłym związku z najwyższymi wartościami światopoglądu kierującego społeczeństwem”.

Wobec tych pouczających definicji błędą nawet mylne historyczno-idealistyczne wywody o rozwoju prawa karnego, o podziale rozwoju historii prawa karnego na 3 okresy: pierwotny, sakralny i świecki. Koncepcja zresztą przenie-

siona na grunt polski przez Makarewicza i przez autora w sposób niedoskonały odtworzona.

W bieżącym roku ukazała się książka Andrejewa, Lernella i Sawickiego *Prawo karne Polski Ludowej*. Książka ta uważana jest za pierwszy marksistowski podręcznik w polskiej literaturze tego przedmiotu. Zdaniem autora recenzji tej książki⁵ opracowanie podręcznika „stworzyło podstawy dla dalszego pogłębiania ofensywy ideologicznej na froncie kryminologicznym”, a sposób opracowania „zwięzłość i jasność /za nielicznymi wyjątkami/ wykładu umożliwia wykorzystanie książki zarówno przez studiujących jak i zatrudnionych już w aparacie wymiaru sprawiedliwości; krytyka zaś szeregu orzeczeń Sądu Najwyższego nie pozostanie bez wpływu na orzecznictwo”. Recenzent podkreślając oryginalność pracy i jej dojrzałość ideologiczną zwraca jednak uwagę na niektóre, jego zdaniem błędy i niedociągnięcia. Obok niedociągnięć dydaktycznych książka jednostronnie lub nieściśle ujmuje niektóre zagadnienia jak np. zagadnienia funkcji socjalistycznego prawa karnego, związku przyczynowego i winy, karalności i bezprawności itp. W konkluzji — autor recenzji stwierdza, że *Prawo karne Polski Ludowej* jest pracą pionierską i jak każda praca tego typu, posiada swe „niezaprzeczalne walory jak i błędy”. Zdaniem recenzenta podręcznik ten, po pewnym pogłębieniu, powinien stać się podstawą nauczania na wydziałach prawa.

III. Wnioski.

Dokonany przegląd skryptów i podręczników dobitnie wykazuje, że sytuacja w tej dziedzinie, do niedawna groźna, nadal jest jeszcze poważna. Nie trzeba wykazywać, w jakim stopniu sytuacja ta oddziaływała na poziom nauczania na wydziałach prawnych. Skrypt /zalecany podręcznik/ był przecież prawie wyłączonym materiałem /wobec wysokiej absencji na zajęciach uniwersyteckich/, na którym student opierał swoje wykształcenie. Poziom magistrów prawa z lat 1945—49 musi wzbudzać poważne zastrzeżenia. Fakt, że usiłowania zmierzające do zmiany tej sytuacji dały się zauważyć dopiero w ubiegłym roku, świadczy o małym poczuciu odpowiedzialności naszych profesorów — wykładowców za przygotowanie kadr prawniczych.

Należy jednak podkreślić, że na odcinku tym nastąpił przełom. Pierwsze kroki zostały uczynione. Opracowanie jednolitych programów i zaprowadzenie dyscypliny studiów w dużym stopniu zneutralizuje możliwość oddziaływania omówionych, szkodliwych pomocy naukowych. Nie można jednak zapomnąć, że wydawnictwa te są jeszcze używane przez studentów, a starsze lata studiów /III i IV rok/ nie zupełnie zdają sobie sprawy z ich szkodliwości.

⁵ A. Schaff, „Państwo i Prawo” Nr 10, 1950 r.

Należy również stwierdzić, że z zakresu niektórych dyscyplin prawnych ukazały się już wydawnictwa marksistowskie /prawo państwowe karne-materialne część ogólna, cywilne-materialne, przepisy ogólne, wyznaniowe prawo państwowe/. Opracowań tych jest jednak stosunkowo za mało. Najpilniejszym i najważniejszym zadaniem jakie stoi przed naukowcami w każdej dziedzinie prawa — jest opracowanie podręcznika. Zespołowa praca kilku specjalistów z każdej dziedziny może w ciągu krótkiego czasu radykalnie uzdrowić kompromitującą sytuację na odcinku pomocy naukowych na wydz. prawa.

Oryginał, maszynopis

Źródło: Archiwum Akt Nowych, zespół akt: Ministerstwo Sprawiedliwości 5464, k. 70—106.

RECENZJE

***Maximilian Becker:
„Mitreiter im Volkstumskampf.
Deutsche Justiz in den eingegliederten
Ostgebieten 1939—1945”. München:
De Gruyter Oldenburg, 2014, 352 s.***

Niemiecka historiografia w 2014 r. wzbogaciła się o istotną pracę z pogranicza historii i prawa. Maximilian Becker, opierając się na swojej rozprawie doktorskiej obronionej na Uniwersytecie Ludwika Maksymiliana w Monachium, opublikował monografię działalności niemieckiego wymiaru sprawiedliwości na ziemiach polskich wcielonych do III Rzeszy (*eingegliederte Ostgebiete*), wypełniając tym samym istotną lukę w literaturze niemieckiej. Już sam zakres przedmiotowy pracy winien budzić zainteresowanie w Polsce.

Autor przeprowadził badania w Niemczech i Polsce, korzystając między innymi z pomocy Kolegium Badawczego Maxa Plancka we Frankfurcie nad Menem oraz Niemieckiego Instytutu Historycznego w Warszawie. Zaowocowało to solidną i bogatą podstawą źródłową pracy, obejmującą archiwalia przechowywane w Niemczech i Polsce. Autor wykorzystał nie tylko zasób Archiwum Federalnego w Berlinie (*Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde*) i Instytutu Historii Współczesnej w Monachium (*Institut für Zeitgeschichte in München*), ale sięgnął także do spuścizny Centrali Badania Zbrodni Narodowosocjalistycznych w Ludwigsburgu (*Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*), Głównego Archiwum Państwowego w Hanowerze, Archiwum Krajowego Nadrenii-Westfalii, Archiwum Krajowego w Berlinie i Głównego Archiwum Krajowego Saksonii-Anhalt. Co zasługuje natomiast na szczególną uwagę, Autor uwzględnił także archiwalia

przechowywane w polskich archiwach. Przeprowadził kwerendę w Archiwum Akt Nowych w Warszawie, Archiwum Państwowym w Bydgoszczy, Gdańsku, Katowicach, Łodzi, Poznaniu i m.st. Warszawie, Centralnym Archiwum Wojskowym, Instytucie Pamięci Narodowej (w centrali, oddziale w Łodzi oraz Poznaniu), a także w Instytucie Zachodnim w Poznaniu.

Praca składa się z przedmowy, wstępu, dziesięciu rozdziałów, zakończenia oraz aneksu, zawierającego wykaz skrótów, map i tabel oraz wykorzystanych źródeł, również indeks osobowy i geograficzny. Określony przez Autora cel pracy polegał na ustaleniu udziału wymiaru sprawiedliwości w polityce okupacyjnej, przede wszystkim w germanizacji. Słusznie zwrócił uwagę, że o ile stosunkowo dobrze zbadano w nauce politykę germanizacyjną podczas okupacji, o tyle pytanie o rolę wymiaru sprawiedliwości w ramach tejże polityki pozostaje otwarte. Nasuwają się pytania o zadania stawiane przed wymiarem sprawiedliwości oraz spektrum prowadzonych przez sądy i prokuratury postępowań i ich uwarunkowania prawne, skutkujące nierównym traktowaniem różnych grup ludności zarówno na etapie postępowania sądowego, jak też w stadium egzekucyjnym. Zasadne było także rozważenie stosunku udziału wymiaru sprawiedliwości w polityce okupacyjnej do innych organów niemieckiej władzy. Założony cel pracy wymagał zbadania organizacji wymiaru sprawiedliwości, jego kadr i polityki personalnej, orzecznictwa w sprawach cywilnych i karnych oraz praktyki egzekucyjnej. Specyfika przedmiotu pracy wymagała umiejscowienia wymiaru sprawiedliwości na ziemiach wcielonych do Rzeszy pośród środków i działań przedsięwziętych również przez inne organy i urzędy (np. partię nazistowską, administrację, policję). Implikowało to konieczność rozważenia wpływu różnego rodzaju czynników na orzecznictwo sądowe na tzw. ziemiach wcielonych do Rzeszy.

W rozdziale pierwszym poruszono założenia polityczne działań okupanta, omówiono zorganizowaną na okupowanym terenie administrację i strukturę miejscowej ludności, a także stosowanie przez okupanta narzędzi będących emanacją obranej polityki: z jednej strony dyskryminacji, wypędzeń oraz masowych zbrodni, z drugiej zaś kolonizacji oraz Niemieckiej Listy Narodowej. Rozdział drugi zawiera omówienie ustroju i organizacji wymiaru sprawiedliwości na ziemiach wcielonych do Rzeszy. Przedstawienie struktury sądownictwa i prokuratur poprzedzono zarysem zmian dokonanych przez narodowych socjalistów w latach 1933—1938 w odniesieniu do tzw. trzeciej władzy i najważniejszych gałęzi prawa. Zwrócono także uwagę na doświadczenie niemieckich władz związane z wprowadzaniem wymiaru sprawiedliwości na nowe tereny Zagłębia Saary, Sudetów, a także Protektoratu Czech i Moraw. Osobno omówiono tworzenie na anektowanych ziemiach sądów specjalnych i prokuratur oraz sądów zwyczajnych. Jest to zabieg jak najbardziej słuszny ze względu na specyfikę sądownictwa specjalnego, jak też moment utworzenia i rozpoczęcia działalności przez sądy specjalne — przypadający w większości przypadków

jeszcze na okres kampanii wrześniowej 1939 r. W rozdziale tym omówiono także utworzenie i działalność tzw. ośrodków prasowych wymiaru sprawiedliwości w Gdańsku, Katowicach i Poznaniu, a także zjawisko charakterystyczne dla wymiaru sprawiedliwości III Rzeszy, polegające na wkraczaniu w kompetencje sądownictwa przez policję i Gestapo.

Rozdział trzeci pracy Autor poświęcił obsadzie stanowisk sędziowskich i prokuratorskich na ziemiach anektowanych. Analizą objął strukturę wieku prawników, ich profil socjalny i pochodzenie, postawę polityczną i kwalifikacje zawodowe oraz praktykę życia codziennego, determinowaną przede wszystkim ciągłym niedoborem kadr, powiększającym się w miarę rozwoju sytuacji wojennej. Dane te umożliwiły zrekonstruowanie polityki personalnej, choć trzeba zastrzec, że Autor w sposób szczegółowy objął badaniami jedynie sędziów i prokuratorów pracujących od września 1939 r. do stycznia 1945 r. na obszarze okręgu Wyższego Sądu Krajowego w Poznaniu — łącznie 175 osób, przy czym w skali ziem wcielonych do Rzeszy ogółem zidentyfikował 1162 sędziów i prokuratorów. Wyszute na przykładzie okręgu poznańskiego wnioski nie są więc reprezentatywne w skali całości ziem wcielonych. Dostrzeżone prawidłowości mogą — choć nie muszą — być adekwatne w stosunku do pozostałych okręgów sądowych na tym terenie. Trzeba jednak oddać Autorowi, że nie zmierzał do wyczerpującego opracowania kadr prawniczych na ziemiach wcielonych.

Rozdział czwarty, piąty, szósty i siódmy stanowią rozwinięcie zasygnalizowanych wcześniej środków i narzędzi stosowanych przez okupanta, a także tendencji występujących w ramach aparatu okupacyjnego. W rozdziale czwartym omówiono sądownictwo w sprawach cywilnych. Szczególną uwagę poświęcono stosunkom własnościowym, poruszając zagadnienie pozbawienia własności Polaków i Żydów. Przedstawiono środki prawne i pozaprawne stosowane w związku z założeniem o konieczności oddzielenia aryjskiej krwi od „obcej narodowo”, między innymi zakaz kontaktów seksualnych między Niemcami a Polakami, rozwiązanie mieszanych małżeństw niemiecko-polskich i germanizację „pełnowartościowych rasowo” dzieci. Rozdział piąty poświęcono współpracy policji i wymiaru sprawiedliwości, zaznaczając ewolucję w tym obszarze: od kooperacji do wkraczania w kompetencje sądownictwa przez policję. W tej części pracy Autor omówił przede wszystkim problematykę funkcjonujących na ziemiach wcielonych sądów doraźnych, a także stosunki panujące na linii policja—wymiar sprawiedliwości na co dzień, posługując się przede wszystkim raportami sytuacyjnymi prokuratorów generalnych i prezydentów wyższych sądów krajowych.

Rozdział szósty poświęcono praktyce ścigania karnego na ziemiach wcielonych. Niestety, Autor nie korzystał w nim z metody formalno-dogmatycznej i nie scharakteryzował szczegółowo przepisów prawa składających się na prawo karne stosowane na ziemiach wcielonych. Omówił natomiast istotę wprowadzonego na ziemiach wcielonych specjalnego prawa karnego (materialnego

i procesowego). Słusznie zwrócił również uwagę na sądowe konsekwencje stosowania rozporządzenia o Niemieckiej Liście Narodowej. Niemieckie sądy musiały bowiem — aby móc zastosować właściwy akt prawny — wyklarować sytuację narodowościową oskarżonego. To natomiast zależało od organów administracyjnych (*Zweigstelle der Deutschen Volksliste*) i w sposób znaczący opóźniało bieg postępowania karnego. Autor zwrócił również uwagę na dyskryminujące polecenia kierownictwa wymiaru sprawiedliwości, aby w sprawach z oskarżonymi wielu narodowości rozdzielać sprawy i przeciwko Niemcom prowadzić je osobno, przy czym wytyczne te należało stosować zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak też sądowego. Polecenia te w większości były wykonywane — z wyjątkiem Sądu Specjalnego w Gdańsku (*Sondergericht Danzig*), gdzie odstępstwo było motywowane brakami kadrowymi. Istotną kwestią na tle orzecznictwa w sprawach karnych było również zagadnienie „kierowania orzecznictwem” (*Lenkung der Rechtsprechung*). Można przypomnieć w tym miejscu, że w swojej fundamentalnej pracy Alfred Konieczny sądownictwo III Rzeszy nazwał właśnie „kierowanym wymiarem sprawiedliwości”¹. Owo kierowanie orzecznictwem odbywało się z wykonywaniem szeregu mechanizmów i środków: konferencji prokuratorów generalnych i prezydentów wyższych sądów krajowych z przedstawicielami ministerstwa sprawiedliwości, narad przewodniczących sądów specjalnych, omówieniu i krytyce wyroków w prasie fachowej, wydawaniu wytycznych (przy czym były one wiążące dla prokuratorów, nie dla sędziów), publikowaniu tzw. listów sędziowskich (*Richterbriefe*), w których omawiano — wzorowe lub krytykowane — orzeczenia. Sprzyjała mu też bardzo rozbudowana — na każdym poziomie — sprawozdawczość, dotycząca nie tylko spraw karnych, ale także cywilnych i administracyjnych, a także egzekucyjnych. W sprawach karnych na przykład należało informować nie tylko o popełnieniu przestępstwa, przyjęciu zawiadomienia i wszczęcia sprawy, ale także o podjętych działaniach na każdym etapie postępowania aż do wydania wyroku, a także o postępowaniu ułaskawieniowym i egzekucyjnym. Autor zaprezentował dane statystyczne ilustrujące orzecznictwo w sprawach karnych na ziemiach wcielonych, zwrócił szczególną uwagę na stosowanie najwyższego wymiaru kary, kwestię tzw. przestępstw wrześniowych (*Septemberverbrechen*), ruch oporu, przestępstw z użyciem przemocy (*Gewalttaten*), przestępstw polegających na obrazie lub znieważeniu (*Äußerungsdelikte*), przestępstw przeciwko gospodarce wojennej, przestępstw powszechnych i korupcji, a także ściganiu osób pomagających Żydom oraz uciekinierom z gett.

Rozdział siódmy Autor poświęcił systemowi penitencjarnemu i egzekucji kar na ziemiach wcielonych. Osobno omówił administrację zakładów karnych

¹ A. Konieczny: *Pod rządami wojennego prawa karnego Trzeciej Rzeszy. Górny Śląsk 1939—1945*. Warszawa—Wrocław 1972, s. 55.

i więzień, warunki tam panujące (m.in. przepełnienie, znacznie wyższa umieralność polskich więźniów niż niemieckich), wykorzystywanie więźniów do pracy oraz postępowania ułaskawieniowe i wykonanie kar śmierci. W rozdziale ósmym poruszono natomiast kwestię ewakuacji zakładów karnych i organów wymiaru sprawiedliwości z ziem wcielonych. Najpierw Autor przedstawił założenia teoretyczne planowanej ewakuacji — przyznającej priorytet ewakuacji sprzętu i dokumentów kosztem ewakuacji personelu. Następnie przedstawił rzeczywisty przebieg tych działań. Szkoda, że w swoim wywodzie nie uwzględnił faktu zachowania spuścizny niektórych z sądów działających na ziemiach wcielonych. Władze niemieckie nakazywały bowiem w ostateczności (gdy nie było możliwe wywiezienie) zniszczenie akt sądowych. W niektórych sądach polecenie to zostało precyzyjnie wykonane (np. Sąd Specjalny w Bielsku), po niektórych pozostały natomiast zupełnie obszerne archiwalia, które były przedmiotem badań naukowych (sądy specjalne w Bydgoszczy, Katowicach, Łodzi). Pozostawienie akt mogło świadczyć o zaskoczeniu władz sądowych postępowaniem radzieckiej ofensywy.

Rozdział dziewiąty poświęcono dalszym losom niemieckich prawników orzekających na ziemiach wcielonych, w tym kwestii pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej po wojnie (w Republice Federalnej Niemiec, w Niemieckiej Republice Demokratycznej oraz w Polsce). Większość z 1162 sędziów i prokuratorów pracujących na ziemiach wcielonych była zatrudniona w zachodniemieckim wymiarze sprawiedliwości. Podjęcie służby sędziowskiej i prokuratorowskiej mimo denazyfikacji było o tyle ułatwione, że nie zachowały się — lub zachowały jedynie częściowo — akta personalne. Kilka osób doświadczyło nawet spektakularnych awansów na poziom federalny w latach pięćdziesiątych. Tylko jeden sędzia z obszaru ziem wcielonych został skazany przez polski sąd na karę kilku lat więzienia. Z kolei za jeden z najbardziej charakterystycznych przykładów pociągnięcia do odpowiedzialności karnej przez sądy NRD uchodzi skazanie Gerharda Pchalka, będącego prokuratorem przy Sądzie Specjalnym w Katowicach, za pomocnictwo do mordu na cztery lata więzienia. Niewielka skuteczność działań mających na celu pociągnięcie do odpowiedzialności karnej prawników wynikała z upływu czasu, trudności ze znalezieniem świadków, w tym znających język niemiecki (a przecież po niemiecku prowadzono rozprawy), trudności dowodowych związanych z koniecznością udowodnienia przekroczenia prawa przez sąd, a także skupienie wysiłku związanego ze ściganiem nazistowskich zbrodniarzy na członkach SS i załogach obozów koncentracyjnych.

W ostatnim — dziesiątym — rozdziale pracy Autor na podstawie literatury dokonał porównania sądownictwa na ziemiach polskich anektowanych przez III Rzeszę oraz przez Związek Sowiecki (1939—1941). Porównanie to nie było kompleksowe — ze względów obiektywnych Autor skupił się na orzecznictwie w sprawach cywilnych, polityce personalnej i strukturze kadr, egzekucji

kar, a częściowo także na orzecznictwie w sprawach karnych. Warto zwrócić uwagę, że w ramach obu okupacji Autor skonstatował jedynie pomocniczą rolę sądownictwa, podczas gdy zasadniczą funkcję okupacyjną wypełniały SS i policja w Rzeszy oraz NKWD w ZSRR. Jeśli chodzi o kierowanie wymiarem sprawiedliwości, to w przypadku ziem włączonych do ZSRR proces ten był zdecydowanie silniej scentralizowany, podczas gdy na ziemiach wcielonych do Rzeszy — jak pisze M. Becker — właściwie przekazano go na poziom prawników funkcyjnych w okręgach sądowych (prezydentów wyższych sądów krajowych, prokuratorów generalnych), co umożliwiło dostosowanie do specyfiki danego terenu. Na ziemiach wcielonych do Rzeszy orzeczono natomiast więcej kar śmierci niż na ziemiach polskich włączonych do ZSRR, gdzie częściej oddziaływano odstraszająco raczej przez prowadzone postępowania i kary więzienia.

Praca Martina Beckera jest bardzo wartościowa. Posiada solidną bazę archiwalną, obejmującą spuściznę przechowywaną zarówno w niemieckich, jak i w polskich archiwach. Autor znakomicie wykorzystał źródła drukowane. Co może szczególnie satysfakcjonować, bibliografia jest bogata w źródła polskiej proweniencji, w tym prace autorstwa Czesława Madajczyka, Alfreda Koniecznego, Karola Pospieszalskiego, Ryszarda Kaczmarka, Andrzeja Kurka. W tym kontekście może jedynie dziwić niewykorzystanie fundamentalnego dzieła Franciszka Ryszki *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, a także wydanej w 2013 r. pracy Witolda Kuleszy *Crimen laesae iustitiae. Odpowiedzialność karna sędziów i prokuratorów za zbrodnie sądowe według prawa norymberskiego, niemieckiego, austriackiego i polskiego*. I choć historyk prawa będzie odczuwać duży niedosyt związany z pozbawieniem wywodu Autora szerszych rozważań prawnych — choć tematem pracy był wymiar sprawiedliwości, to Jego praca ma pewną zasadniczą zaletę. Zwraca uwagę niemieckiemu czytelnikowi, że zbrodnie niemieckie na ziemiach polskich nie ograniczały się wyłącznie do Holokaustu, że ziemie polskie wcielone do III Rzeszy były okupowane i wymiar sprawiedliwości odgrywał ważną rolę w dyskryminacji polskiej ludności i germanizacji na tym terenie.

Konrad Graczyk
Katowice

WSPOMNIENIA

Wojciech Organiściak (1961—2018)

13 maja 2018 r. odszedł od nas nasz Kolega, dr hab. Wojciech Organiściak, adiunkt w Katedrze Historii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, badacz dziejów ustroju i prawa szlacheckiej Rzeczypospolitej.

Wojciech Tomasz Organiściak urodził się 18 października 1961 r. w Bochni w rodzinie inteligentnej. Ojciec, Ferdynand Organiściak, był inżynierem, matka, Genowefa, z domu Mroczek urzędniczką. Do 13. roku życia Wojtek mieszkał z rodzicami i młodszym bratem Maciejem w Tychach, potem wraz nimi przeprowadził się do Katowic. Tu ukończył szkołę podstawową i rozpoczął naukę w liceum ogólnokształcącym (wówczas nosiło ono imię niesławnej pamięci Marcelego Nowotki, obecnie jest to IV Liceum Ogólnokształcące im. Generała Stanisława Maczka).

Wojtek jeszcze jako młody chłopak, wzorem ojca, zaangażował się w ruch harcerski. Do ZHP należał od 1968 r. Piął się po szczeblach harcerskiej służby, osiągając stopnie instruktorskie: przewodnika i podharcemistrza. Na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych prowadził drużyny harcerskie. Był drużynowym 19. Katowickiej Drużyny Harcerskiej im. majora Hubala. Wszedł również w skład „Zielonej 13.” — Honorowej Drużyny Hufca Katowickiego. Wraz z nią brał udział w 1983 r. w uroczystości odsunięcia Pomnika Harcerzy Września w Katowicach. Był oboźnym na obozie „Zielonej 13.” na kursie technik harcerskich w Gudowie. Sam organizował obozy dla swojej drużyny, jeżdżąc ze swoimi harcerzami na obozy do Przechlewa, Gródka Krajeńskiego, Czernicy i Tuczna. W swojej pracy instruktorskiej starał się powrócić do korzeni harcerstwa z okresu II Rzeczypospolitej, wpajając młodym ludziom wartości, które przyświecały ich rówieśnikom z Międzywojnia. Zbliżyło go to do Ruchu Harcerstwa RP. Historii harcerstwa poświęcił też swoją pracę ma-

gisterską, a jego harcerze do końca o Nim pamiętali i odwiedzali w czasie choroby.

Wojtek uprawiał też z powodzeniem zapasy. Zaangażował się zresztą w sport tak mocno, że trudno mu było pogodzić treningi, zgrupowania, wyjazdy na zawody z systematyczną nauką szkolną. Przez kilka miesięcy (od czerwca 1980 r. do marca 1981 r.) pracował jako elektromonter, a egzamin maturalny zdał w 1981 r.

W tym samym roku rozpoczął studia historyczne na Wydziale Nauk Społecznych Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Pod kierunkiem dr. Lechosława Ceby przygotował pracę magisterską pt. *Harcerze w walkach o niepodległość w latach 1914–1921* i w 1986 r. został magistrem historii. Warto może wspomnieć, że w okresie studiów po raz drugi podjął pracę zawodową — od 1 września 1985 r. do 31 sierpnia 1986 r. był bowiem nauczycielem w Szkole Podstawowej nr 36 w Katowicach. W tym czasie był też już studentem prawa. Studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego podjął w 1983 r. Nie zdradził jednak historii na rzecz prawniczej dogmatyki, zapisał się bowiem na prowadzone przez ówczesnego docenta Adama Lityńskiego seminarium historycznoprawne; pod jego opieką napisał pracę zatytułowaną *Konstytucje wojenne z czasów panowania Zygmunta III Wazy* i 8 lipca 1988 r. złożył egzamin magisterski. Źródłowy charakter opracowania, rzadkie w przypadku prac magisterskich sięganie do archiwaliów, ale także wysoce pozytywna opinia o Wojtku jako człowieku, sprawiły, że doc. Adam Lityński zaproponował swemu uczniowi zatrudnienie w Katedrze Historii Prawa na stanowisku asystenta — stażysty.

Okres stażu przedłużył się w jego wypadku o kilkanaście miesięcy, bowiem 1 września 1988 r. został powołany do odbycia służby wojskowej. Sam wybrał ten termin, chciał bowiem mieć tę służbę jak najszybciej za sobą i wrócić do pracy naukowej. Miał pecha — służył cały rok, natomiast absolwenci, którzy wybrali późniejsze terminy rozpoczęcia służby, trafili na czas przemian ustrojowych i zakończyli tę służbę po kilku miesiącach, a niektórzy w ogóle jej uniknęli. Wojtek odbywał służbę w Szkole Podchorążych Rezerwy w Węgorzewie, a po jej ukończeniu, jako kapral podchorąży, służył dalej w formacji obrony cywilnej w Katowicach. Miał podwładnych, którzy sprawiali wiele kłopotów, wkrótce jednak, dzięki swemu charakterowi, zdecydowaniu cieszył się ich szacunkiem i uznaniem. Wiele zyskał w ich oczach, gdy, nie tracąc zimnej krwi, w fachowy sposób uratował odcięty palec jednego z podkomendnych. Asystentem Wojciech Organiściak został dopiero w kwietniu 1990 r.

Podjętym w toku studiów badaniem nad źródłami prawa wojskowego w czasach Wazów Wojciech Organiściak wkroczył na wybitnie wówczas zaniedbane, a nawet słabo rozpoznane pole badawcze. Interesowały Go bardzo różne zagadnienia dawnego wojskowego prawa karnego — zarówno materialnego, jak i procesowego. Pociągał Go zwłaszcza wiek XVIII — pierwszy jego

artykuł, opublikowany w 1991 r. poświęcony był tymczasowemu aresztowaniu w prawie wojskowym XVIII stulecia. W swych badaniach sięgał jednak także do czasów wcześniejszych — pisał zatem o stosowanych w wojsku Rzeczypospolitej karach na czci, karze pozbawienia wolności i karze śmierci. Z czasem jednak stawało się oczywiste, że przygotowanie rozprawy doktorskiej wymagać będzie zawężenia obszaru badawczego i skupienia się na odpowiednio wybranej grupie zagadnień.

Prowadzone przez wiele lat badania zaowocowały dysertacją doktorską *Kodeksy wojskowe w Polsce roku 1775*. Promotorem w przewodzie doktorskim był prof. dr hab. Adam Lityński, a recenzentami: prof. dr hab. Artur Korobowicz z Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie i prof. dr hab. Józef Ciągwa z Uniwersytetu Śląskiego. Obrona przed komisją odbyła się 16 listopada 1998 r., zaś następnego dnia Rada Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego nadała Wojciechowi Organiściakowi stopień naukowy doktora nauk prawnych.

Poprawiona wersja rozprawy, identycznie zatytułowana (*Kodeksy wojskowe w Polsce roku 1775*) ukazała się drukiem w roku 2001.

Kodyfikacja prawa wojskowego, na którą składały się *Artykuły wojskowe* oraz *Proceder prawny wojskowy*, a obejmująca zarówno prawo karne materialne, jak i procesowe, była jedyną próbą kodyfikacji czasów stanisławowskich zakończoną sukcesem. Mimo to była ona niemal zupełnie niezauważana w dotychczasowej literaturze. Częściowo wiązało się to ze wspomnianym słabym zaawansowaniem badań nad prawem wojskowym dawnej Polski, jednak — jak się wydaje — przede wszystkim przyczyniło się do tego dominujące w nauce przekonanie, że kodeksy z roku 1775 były jedynie kopią przepisów pruskiego prawa wojskowego.

Wojciechowi Organiściakowi udało się obalić ten pogląd. Wykazał On, że dokonana w 1775 r. kodyfikacja „powstała głównie na podstawie dawnych praw, artykułów i regulaminów wojskowych”, a także licznych praw obcych, przy czym w przypadku opracowywania *Procederu prawnego...* sięgano przede wszystkim do materiałów zawartych w zbiorze *Corpus iuris militaris Polonicum* Samuela Brodowskiego z 1753 r. Wśród źródeł *Artykułów wojskowych*, obok dawnych praw polskich, należało uwzględnić natomiast nie tylko *Artykuły wojskowe* Fryderyka II z 1764 r., ale i saskie prawo wojskowe. W sposób przekonujący wyjaśnione zostały także okoliczności powstania kodeksów. Wojciech Organiściak wykazał, że w powstaniu *Procederu prawnego...* i *Artykułów...* udział miała istniejąca wtedy jeszcze Komisja Wojskowa, a także wyżsi oficerowie koronni na czele z hetmanem Franciszkiem Ksawerym Branickim, natomiast przeceniana wcześniej rola sejmu delegacyjnego z lat 1773—1775 sprowadziła się do wyznaczenia komisji, która poprawiła i zaaprobowwała projekt. Bardzo cenne okazały się wnikliwe rozważania na temat obowiązywania przepisów zawartych w *Procederze prawnym...* i *Artykułach...*, a także prześle-

dzenie, w jakim stopniu na postanowienia obu kodeksów oddziaływały idee humanitarne. Wojciech Organiściak wskazywał na liczne przepisy, w których widoczny był duch Oświecenia, ale dostrzegał również rozwiązania tradycyjne. W sumie ocena kodeksów wypada pozytywnie, jest to jednak ocena rzetelna; autor docenia nowoczesność części rozwiązań, daleki jest jednak od idealizowania opisywanych przez siebie aktów prawnych.

Podkreślić należy, że zarówno omówiona książka, jak i liczne towarzyszące jej artykuły zostały bardzo dobrze przyjęte przez środowisko historycznoprawne, a ich Autor został uznany za wybitnego specjalistę w zakresie dawnego prawa wojskowego.

Nic więc dziwnego, że i w późniejszym okresie adiunkt (od 1 stycznia 1999 r.) dr W. Organiściak kontynuował badania nad obowiązującym w wojskach koronnych i litewskich prawem i jego źródłami. W kręgu Jego zainteresowań pozostawały nadal kodeksy wojskowe z 1775 r. W kolejnych artykułach poruszał zagadnienia w monografii jedynie naszkicowane, niektóre wątki rozwijał. Dominowały jednak prace poświęcone innym kwestiom. Choć W. Organiściaka najbardziej interesowały przemiany zachodzące w prawie wojskowym w XVIII stuleciu, to jednak nieraz z powodzeniem wychodził poza tę epokę. Zajmował się na przykład środkami prawnymi przeciwko wyrokom sądów wojskowych autoramentu cudzoziemskiego w sprawach karnych, genezą i znaczeniem *Artykułów wojennych hetmańskich* z 1609 r., warto też wspomnieć pionierskie opracowania dotyczące dziejów prawa wojskowego Wielkiego Księstwa Litewskiego. W tym samym nurcie badań mieściła się też działalność edytorska Doktora Wojciecha Organiściaka — wydał On bowiem cztery osiemnastowieczne pomniki prawa pozostające do tej pory w rękopisach. Warto też zauważyć, że Wojciech Organiściak w swych badaniach nad prawem wojskowym potrafił opuścić epokę staropolską i wkroczyć w czasy napoleońskie.

Wojciech Organiściak nie unikał zresztą wchodzenia na obszary badawcze dalekie od głównych nurtów Jego zainteresowań. Zajął się zatem udziałem przedstawicieli rodu Sapiehów w tworzeniu prawa sądowego. Kilka tekstów poświęcił również historii prawa pracy (były to szkice dla celów dydaktycznych), a także współczesnym zagadnieniom tej gałęzi prawa (teksty w językach kongresowych, przeznaczone dla czytelnika zagranicznego).

Wojciech Organiściak zastanawiał się nad radykalną zmianą pola badawczego i wejściem w okres międzywojenny. Szczególnie pociągało go zagadnienie organizacji i działalności Prokuraturii Generalnej w II Rzeczypospolitej. Wiele o tym rozmawialiśmy, zaś Wojtek dużo na ten temat czytał, przeprowadził gruntowne rozpoznanie w archiwach. Ostatecznie powstał tylko jeden artykuł *Utworzenie Prokuraturii Generalnej w II Rzeczypospolitej* opublikowany w czasopiśmie „Miscellanea Iuridica” (2002, T. 1), zawierający udaną próbę ustalenia, dlaczego w Polsce przyjęto scentralizowany, oparty na wzorach austriackich model zastępstwa procesowego Skarbu Państwa. W. Organiściak,

dowiedziawszy się, że jego badania mogłyby przeszkodzić młodszemu koledze z innego ośrodka, który akurat w tym czasie zainteresował się tą problematyką, zrezygnował z dalszych prac nad dziejami Prokuratorii. Dzięki tej decyzji Wojtek pozostał jednak jednym z nielicznych już historyków prawa zajmujących się epoką wczesnonowożytną.

Coraz wyraźniej dominującym polem naukowych dociekań Wojciecha Organiściaka stawała się bowiem twórczość osiemnastowiecznego pedagoga, historyka, pisarza politycznego i prawnika, pijara Wincentego Skrzetuskiego. W ten sposób nasz Kolega systematycznie starał się wypełnić lukę w naszej wiedzy o piśmiennictwie prawniczym doby Oświecenia, tym bardziej dotkliwą, że już od dawna istniała monografia poświęcona drugiemu z wybitnych osiemnastowiecznych pijarów, autorowi *Prawa cywilnego narodu polskiego*, Teodorowi Ostrowskiemu. W serii artykułów dr W. Organiściak szczegółowo przeanalizował przede wszystkim *Mowy o główniejszych materiach politycznych*, jedno z dwóch głównych dzieł prawniczych księdza Wincentego, nie pomijał jednak pozostałego dorobku uczonego pijara.

Analizując dokonania księdza Wincentego, Wojciech Organiściak przygotowywał grunt pod swe główne dzieło poświęcone wydanemu w 1784 r. podręcznikowi prawa politycznego. W 2016 r. ukazała się książka *Wincentego Skrzetuskiego „Prawo polityczne narodu polskiego”*. Otwiera ją obszerna, wymagająca olbrzymiego nakładu pracy część poświęcona życiu i twórczości Skrzetuskiego. Kolejne fragmenty monografii zawierają uwagi poświęcone źródłom prawa politycznego (oczywiście w osiemnastowiecznym rozumieniu i w ujęciu Skrzetuskiego), ustrojowi politycznemu Rzeczypospolitej, urzędowi, oświacie i organizacji szkolnictwa, ustrojowi gospodarczemu, podziałom terytorialnym państwa, ustrojowi sądownictwa, wreszcie organizacji armii, dyplomacji i umowom międzynarodowym.

Wojciech Organiściak starał się między innymi ustalić, czy książka Skrzetuskiego jest dziełem w miarę oryginalnym, czy też — co jej zarzucano — stanowi jedynie przeróbkę albo naśladowictwo wcześniejszego opracowania pióra Gotfryda Lengnicha. Autor monografii broni — i to skutecznie, jak się wydaje — tezy o daleko idącej samodzielności pracy księdza Wincentego. Choć dzieło uczonego gdańszczanina stanowiło dlań wzorzec, to jednak wiele wywodów pijara cechuje oryginalność, stanął on zresztą przed koniecznością uwzględnienia i szczegółowego opisanie wielu instytucji i organów państwa, które w czasach Lengnicha nie istniały. Skrzetuski musiał się także ustosunkować do wielu nowych, nie znanych gdańskiemu uczoneму problemów.

Niemalą zasługą W. Organiściaka jest wydobywanie i wyeksponowanie myśli i spostrzeżeń Skrzetuskiego, jego opinii i uwag krytycznych, postulatów zmian pojawiających się przy okazji opisywania poszczególnych instytucji ustrojowych. A nie było to zadanie łatwe, bo dzieło pijara zostało zaplanowane jako podręcznik, kompendium podstawowych informacji, a nie traktat

na temat ustroju Rzeczypospolitej. Podkreślić należy, że Wojciech Organiściak podchodził do twórczości księdza Wincentego w sposób krytyczny i potrafił dostrzec nie tylko zalety, ale i słabsze strony dzieła swego bohatera. Wspomnieć też trzeba o wielu zawartych w pracy interesujących szczegółowych spostrzeżeniach, cennych uwagach i ocenach. Wszystko to sprawiło, że monografia, będąca nie tylko odzwierciedleniem tego, co starał się przekazać osiemnastowieczny uczonec, ale i bogatą w szczegóły panoramą ustroju szlacheckiej Rzeczypospolitej, stanowiła poważne osiągnięcie naukowe i liczący się wkład w badania nad polską myślą oświeceniową.

Tak też została oceniona przez recenzentów i komisję habilitacyjną, która 26 maja 2017 r. uznała ją za osiągnięcie stanowiące znaczny wkład autora w rozwój dyscypliny naukowej. Komisja stwierdziła również, że Wojciech Organiściak wykazał się istotną aktywnością naukową, posiada także znaczący dorobek dydaktyczny, popularyzatorski i organizacyjny i wydała jednomyślnie pozytywną opinię w sprawie nadania stopnia naukowego doktora habilitowanego nauk prawnych, w dyscyplinie prawo. Uchwałę o nadaniu tegoż stopnia podjęła Rada Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w dniu 30 maja 2017 r.

Bardzo ceniliśmy sobie udział Wojtka w posiedzeniach naukowych Katedry. Jego opinie i uwagi były zawsze bardzo konkretne i bardzo trafne. Uważaliśmy, że Jego obecność na owych zebraniach jest wręcz konieczna i staraliśmy się tak wyznaczać terminy spotkań, by Wojtek mógł w nich uczestniczyć. Wszyscy wiele mu zawdzięczamy, szczególnie wdzięczni powinni Mu być młodszy uczestnicy posiedzeń; formułowane przez Wojtka opinie w niejednym wypadku pozwoliły naszym doktorantom i habilitantom odnaleźć właściwą drogę, a niekiedy uniknąć zejścia na manowce. W pełni uświadomiliśmy sobie to jednak dopiero wtedy, gdy choroba uniemożliwiła Mu udział w naszych spotkaniach. Wtedy też odczuliśmy, jak bardzo brakuje nam Jego mądrych opinii również w innych kwestiach, nie tylko z nauką się wiążących. A trzeba podkreślić, że Wojtek nie bał się prawdy, mówił to, co dyktowało mu sumienie. Wiedział, że przyjaźń i koleżeństwo nie polegają na pochlebstwach, że czasami trzeba nawet starszemu koledze zwrócić uwagę, wskazać właściwe rozwiązanie.

Wojciech Organiściak przez wiele lat był jednym z najwierniejszych autorów zamieszczających swe opracowania na łamach naszego czasopisma. Poza jednym tomem 8 (16) z 2015 r. we wszystkich innych częściach i tomach „Z Dziejów Prawa” ukazywały się jego teksty. W sumie opublikował On 35 prac, w tym 21 artykułów, 2 szkice dla celów dydaktycznych, 4 edycje źródeł, 2 recenzje. Pięciokrotnie brał udział w opracowaniu *Kroniki*, przy czym w *Kronice* za rok 2010 (T. 4 (12) z 2011 r.) ukazały się dwie napisane przez Niego i Tomasza Adamczyka relacje z uroczystości jubileuszowych prof. Józefa Ciągwy i prof. Adama Lityńskiego. Wojciech Organiściak był też jednym z redaktorów „Z Dziejów Prawa”.

Nasz Kolega przez wiele lat pełnił też absorbującą funkcję rzecznika dyscyplinarnego dla studentów Uniwersytetu Śląskiego.

Konieczność utrzymania rodziny (żona Monika, syn Karol) powodowała, że Wojtek nie mógł się poświęcić wyłącznie pracy naukowej (którą tak kochał). Wykładał w Wyższej Szkole Zarządzania i Nauk Społecznych w Tychach. Odbył pozaetatową aplikację sądową, zdał egzamin sędziowski, a w roku 1996 złożył egzamin radcowski. Od roku 1995 pracował w Samorządowym Kolegium Odwoławczym w Katowicach. W 2009 r. został sędzią Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach.

Rozmawialiśmy nieraz o dalszych planach naukowych. Wojtek miał wiele pomysłów, zamierzał między innymi na jakiś czas powrócić do dziejów prawa wojskowego, zająć się postacią osiemnastowiecznego autora zbioru ustaw wojskowych *Corpus iuris militaris Polonicum* Samuela Brodowskiego i jego dorobkiem. Ze swej strony liczyliśmy bardzo na Jego jeszcze pełniejsze zaangażowanie się w sprawy Katedry, wsparcie w walce o utrzymanie przez przedmioty historyczno-prawne należnej im pozycji w programach nauczania prawa i administracji. Ostatnio mówił jednak, że na realizację tych planów trzeba będzie trochę poczekać. Dawał o sobie znać wysiłek włożony w przygotowanie rozprawy habilitacyjnej, prowadzenie licznych zajęć dydaktycznych, wyczerpująca praca w sądzie, a także różne problemy osobiste (o których mówił bardzo niechętnie), dlatego miał nadzieję, że wreszcie znajdzie czas na nieco dłuższy wypoczynek. Kilka dni po nadaniu Wojtkowi przez Radę Wydziału WPiA stopnia doktora habilitowanego stało się jasne, że i owe urlopowe plany trzeba będzie odłożyć i próbować walczyć ze zdiagnozowaną, bardzo już, niestety, zaawansowaną chorobą. Nie traciliśmy nadziei, ale coraz wyraźniej uświadamialiśmy sobie, że Wojtek odchodzi. Udało Mu się doczekać egzaminu maturalnego syna i wesprzeć go w tej wyjątkowo niełatwej próbie — Karol, syn Wojciecha, zdawał bowiem w tych ostatnich miesiącach również drugi, o wiele ważniejszy egzamin dojrzałości.

Wojciech Organiściak zmarł w swoim domu, w nocy, 13 maja 2018 r. o godzinie 1.54. 17 maja 2018 r. pożegnaliśmy Wojtka. Po mszy św. w kościele pw. Najświętszej Maryi Panny Nieustającej Pomocy w Sosnowcu — Ostrowach Górniczych w strugach deszczu odprowadziliśmy Go na śródleśny cmentarz. Setki osób uczestniczących w pogrzebie wymownie świadczą, że żegnaliśmy nie tylko Kolegę, Współpracownika, Nauczyciela, ale przede wszystkim dobrze Człowieka i Przyjaciela, na którego zawsze można było liczyć.

*Adam Lityński, Marian Mikołajczyk, Dariusz Nawrot
i przyjaciele z Katedry Historii Prawa
Katowice*

KRONIKA

Kronika Katedry Historii Prawa za rok 2017

W 2017 r. pracownicy Katedry kontynuowali prowadzone od lat badania. Przedmiotem zainteresowania były zagadnienia ustrojowe, prawno-sądowe i problemy związane z wymiarem sprawiedliwości Rzeczypospolitej od czasów wczesnonowożytnych aż po wiek XX. Ważną częścią tych badań była analiza wojskowego prawa karnego II Rzeczypospolitej. Na znaczeniu zyskują też badania nad prawem karnym w Polsce Ludowej, ze szczególnym uwzględnieniem prac nad kodeksem karnym z 1969 r. Warto podkreślić, że pracownicy Katedry zajmują się również problemem prawa oraz funkcjonowania sądownictwa III Rzeszy. Z kolei zespół pracowników specjalizujących się w prawie rzymskim pogłębiał badania nad antycznymi korzeniami współczesnego prawa oraz prowadził analizę dorobku naukowego polskich znawców prawa rzymskiego.

Wynik badań pracownicy Katedry przedstawili w licznych artykułach zamieszczonych między innymi w „Z Dziejów Prawa”, „Klio. Czasopismo poświęcone dziejom Polski i powszechnym”, „International Journal of the Jurisprudence of the Family”, *Wielkiej encyklopedii prawa*, „Studiach Prawno-Ekonomicznych”, „Czasopiśmie Prawno-Historycznym”.

Pracownicy Katedry opublikowali ponadto w 2017 r. dwie duże monografie. Pierwszą z nich jest praca Tomasz Szczygła *Wojskowe postępowanie karne w II Rzeczypospolitej (1918—1939)* (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 508 s.). Druga, autorstwa Konrada Graczyka, stanowi rozszerzoną i pogłębianą o materiały archiwalne pracę magisterską pt. *Operacja „Reichswehrministerium”. Misja majora Jerzego Sosnowskiego. Niemiecki i polski proces karny* (Warszawa: Oficyna Wydawnicza RYTM, 312 s.).

30 maja 2017 r. Rada Wydziału Prawa i Administracji nadała dr. Wojciechowi Organiściakowi stopień naukowy doktora habilitowanego nauk praw-

nych w dyscyplinie prawo. Podstawą postępowania była rozprawa *Wincentego Skrzetuskiego „Prawo polityczne narodu polskiego”*, wysoko oceniona przez Komisję habilitacyjną. Recenzje w postępowaniu habilitacyjnym sporządzili dr hab. prof. KUL Waldemar Bednaruk, dr hab. prof. UW Józef Koredczuk oraz prof. dr hab. Marian Mikołajczyk.

Pracownicy Katedry uczestniczyli również w wielu konferencjach krajowych i międzynarodowych, w trakcie których wygłosili liczne referaty. Warto w tym miejscu wspomnieć przynajmniej o kilku z nich.

W dniach 3—4 czerwca 2017 roku mgr Grzegorz Nancka uczestniczył w konferencji naukowej „Prawo rzymskie w europejskiej kulturze prawnej” zorganizowanej w Kazimierzu Dolnym przez Katedrę Prawa Rzymskiego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Wygłosił na niej referat *Lwowski romanista Marceli Chlamtacz i jego poglądy na prawo*. Ponadto uczestniczył w organizowanych przez Katedrę Prawa Rzymskiego i Antycznego UW oraz Komitet Nauk o Kulturze Antycznej PAN w Warszawie Ogólnopolskich Spotkaniach Romanistów.

Dr hab. Anna Stawarska-Rippel uczestniczyła w międzynarodowej konferencji zorganizowanej przez International Academy for The Study of The Jurisprudence of The Family pt. „Judicial Protection of the Family: Too Little or Too Much?”. Konferencja odbyła się na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku w dniach 18—21 lipca. W trakcie obrad wygłosiła referat (wspólnie z Piotrem Fiedorczykiem) zatytuowany: *The Unification of Family Law in Poland 1945—46 and Its Consequences for Court Proceedings*.

22 września odbyło się w Warszawie IV Sympozjum Historyków Państwa i Prawa Polskiego zatytułowane „Historia prawa sądowego”. W obradach uczestniczyli prof. dr hab. Marian Mikołajczyk (dokonał podsumowania całości obrad) oraz Tomasz Szczygieł, który wygłosił referat pt. *Poglądy Emila Stanisława Rappaporta na prawo karne i jego kodyfikację w początkach Polski Ludowej*.

W Trnawie na tamtejszym Wydziale Prawa odbyła się 9 listopada międzynarodowa konferencja pt. „Podstata dyskryminácie a jej prejavy s dosahom na vybranú skupinu obyvatelstva”. Katedrę reprezentował mgr Konrad Graczyk, który zaprezentował referat *Discrimination against Poles and Jews in criminal proceedings before a special court in Katowice (Sondergericht Kattowitz) 1939—1945*.

Polskie Towarzystwo Historyczne wraz z Polską Akademię Nauk zorganizowało w dniach 16—17 listopada w Zabrze międzynarodową konferencję naukową „Kultura Europy Środkowej. Praca, jej rola i funkcje społeczne na przestrzeni wieków w kontekście Europy Środkowej”. W trakcie obrad referat pt. *Etos pracy i jego rola w programie Śląskiej Chładcji u progu budowy polskiego województwa śląskiego po pierwszej wojnie światowej* wygłosił dr Andrzej Drogoń.

Pracownicy Katedry współuczestniczą również w przedsięwzięciach naukowych podejmowanych przez przedstawicieli innych gałęzi prawa. Dr hab. Wojciech Organiściak został zaproszony do prestiżowego przedsięwzięcia, jakim jest pierwszy tom opracowania *System prawa administracyjnego procesowego. Zagadnienia ogólne*. W. Organiściak jest autorem obszernego rozdziału w tej publikacji zatytułowanego *Ewolucja polskiego prawa administracyjnego procesowego. Ujęcie regulacji podstawowych*.

Praca naukowa dr hab. Anny Stawarskiej-Rippel została doceniona przez JM Rekora UŚ, który przyznał jej Indywidualną Nagrodę III stopnia. Ponadto A. Stawarska-Rippel jest opiekunem naukowym w projekcie badawczym pt. *Sondergericht Katowitz — Sąd Specjalny w Katowicach 1939—1945*.

Katedra gościła laureatkę Nagrody im. Iwana Wyhowskiego Panią Viktorię Semenową z Kijowa. Nagroda umożliwiła jej odbycie dwumiesięcznego stażu w Katedrze Historii Prawa. Pobyt stażystki ma w przyszłości zaowocować nawiązaniem współpracy ze środowiskiem ukraińskich prawników i historyków prawa.

W Katedrze, jak co roku, położono również nacisk na promowanie nauki, wiedzy oraz budzenie zainteresowania historią prawa, stąd udział pracowników w różnego rodzaju warsztatach dla młodzieży oraz wykładach. W szeroko pojętą działalność popularyzatorską w zakresie historii prawa włączyło się Koło Naukowe Prawa Rzymskiego i Porównawczego, którego członkowie oprócz regularnych spotkań kilkakrotnie przeprowadzili warsztaty „Prawo rzymskie a świat współczesny” skierowane do uczniów śląskich liceów. Nie można również pominąć, iż działalność kontynuowało działające przy Katedrze Koło Naukowe Historii Prawa. Efektem działalności był zwycięski udział członków Koła Naukowego Prawa Rzymskiego i Porównawczego Dominika Mizerskiego i Karola Żyły w Ogólnopolskiej Olimpiadzie Historyczno-Prawnej im. M. Szczanieckiego, która odbyła się 22 maja 2017 na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

Warto podkreślić, że pracownikom Katedry po raz kolejny udało się utrzymać wysoką punktację (11 pkt) wydawanego czasopisma „Z Dziejów Prawa” i tym samym znaleźć się w czołówce czasopism prawnych i historyczno-prawnych w kraju.

*Tomasz Adameczyk
Katowice
Grzegorz Nancka
Katowice*

Publikacje pracowników Katedry Historii Prawa za rok 2017

Monografie

- K. Graczyk: *Operacja „Reichswehrministerium”. Misja majora Jerzego Sosnowskiego. Niemiecki i polski proces karny*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza RYTm, 312 s.
- T. Szczygieł: *Wojskowe postępowanie karne w II Rzeczypospolitej (1918—1939)*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 508 s.

Artykuły

- M. Mikołajczyk: *Szlachta w sądach miast królewskich w sprawach karnych w XVI—XVIII wiek*. „Klio” T. 42, [nr] 3, s. 203—222.
- M. Mikołajczyk: *Kilka uwag historyka prawa w związku z książką Jacka Wijaczki: „Kościół wobec czarów w Rzeczypospolitej w XVI—XVIII wieku (na tle europejskim)”*. Warszawa: Wydawnictwo Neriton, 2016, 323 s. „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 277—287.
- W. Organiściak: *Ordynacja saska dla Wojska Posiłkowego w Polsce z roku 1715*. „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 255—268.
- W. Organiściak: *Wincenty Skrzetuski o „Sądach zadwornych”*. „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 23—42.
- W. Organiściak: *Ewolucja polskiego prawa administracyjnego procesowego. Ujęcie regulacji podstawowych*. W: *System prawa administracyjnego procesowego*. Za-

- gadnienia ogólne. T. 1. Red. G. Łaszczyca. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, s. 274—332.
- A. Stawarska-Rippel: *Can a prosecutor bring an action for divorce against a husband and wife who love each other? Several comments in the context of the unification of family law in Poland in 1945—46 and its consequences for court proceedings.* „International Journal of the Jurisprudence of the Family”, Vol. 8, s. 123—135.
- A. Stawarska-Rippel: *O współpracy resortów sprawiedliwości państw socjalistycznych w latach 1958—1963. Kilka uwag w świetle wewnętrznych dokumentów Ministerstwa Sprawiedliwości PRL.* „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 181—196.
- A. Drogoń: *Sejm Śląski w procesie tworzenia podstaw instytucji kultury i nauki w Katowicach oraz w województwie śląskim.* W: *Założyciele miasta oraz mecenasi nauki, kultury i sztuki w dziejach Katowic.* Red. A. Barciak. Katowice: Muzeum Historii Katowic, s. 83—108.
- A. Drogoń: *Mysł polityczno-prawna w dyskusji nad autonomią województwa śląskiego, w świetle konstytucji kwietniowej:* „(...) *By sprawa ta uregulowana była w formie (...) uwzględniając zarówno konieczności państwowe Rzeczypospolitej, jak i słuszne postulaty śląskie*”. W: *Pogranicza w historii prawa i myśli prawnej.* Red. D. Szpoper, P. Dąbrowski. Gdańsk: Wydawnictwo Gdańskiej Szkoły Wyższej, s. 85—100.
- A. Drogoń: *Koncepcje doktrynalne i wymiar praktyczny postulowanych zmian statutu organicznego województwa śląskiego w okresie II RP.* „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 141—161.
- T. Szczygieł: *Unifikacja i kodyfikacja wojskowej procedury karnej w II Rzeczypospolitej.* „Czasopismo Prawno-Historyczne”, z. 1, s. 147—174.
- T. Szczygieł: *Przestępstwa przeciwko moralności w pracach Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej.* „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 83—104.
- T. Szczygieł: *Prawnicy „starej nadbudowy” w „nowej bazie”, czyli o problemie kodyfikacji prawa karnego materialnego Polski Ludowej na początku lat pięćdziesiątych.* „Miscellanea Historico-Iuridica”, T. 16, z. 2, s. 113—134.
- T. Adamczyk, G. Nancka: *Kronika Katedry Historii Prawa za rok 2017.* „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 291—294.
- G. Nancka: *Trzej romaniści we wspomnieniach Marcelego Chlamtacza.* „Studia Prawno-Ekonomiczne”, T. 105, s. 45—66.
- K. Graczyk: *Pogranicze w czasie i przestrzeni. Kontynuowanie polskich postępowań karnych przed niemieckim Sądem Specjalnym w Katowicach (Sondergericht Kattowitz).* W: *Pogranicza w historii prawa i myśli prawnej.* Red. D. Szpoper, P. Dąbrowski. Gdańsk: Wydawnictwo Gdańskiej Szkoły Wyższej, s. 231—243.
- J. Ożarowska: *Zasada „praedia debent esse vicina” w prawie rzymskim oraz jej znaczenie w polskim prawie cywilnym.* „Z Dziejów Prawa”, cz. 10(18), s. 13—22.

Tomasz Adamczyk
Katowice

Na okładce: odznaka adwokacka (orzeł państwowy w wieńcu z liści dębowych i laurowych),
Polska ok. 1924 r., mosiądz — emalia, wym. 60×54 mm, jednostronna
— ze zbiorów **Muzeum Okręgowego w Zamościu (MZ/31/M)**. Fot. **Henryk Szkutnik**

Redaktorzy

Marta Buczek

Oksana Małysa

Magdalena Podraza

Katarzyna Więckowska

Korektor

Lidia Szumigala

Łamanie

Alicja Załęcka

Copyright © 2018

by Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego

Wszelkie prawa zastrzeżone

ISSN 0208-6336

ISSN 1898-6986

(wersja drukowana)

ISSN 0208-6336

ISSN 2353-9879

(wersja elektroniczna)

Wydawca

Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego

ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice

www.wydawnictwo.us.edu.pl

e-mail: wydawus@us.edu.pl

Wydanie I. Nakład: 70 + 35 egz. + 25 nadb. Ark. druk. 23,5.

Ark. wyd. 28,0. Papier offset. kl. III, 90 g

Cena 30 zł (+ VAT)

Druk i oprawa: Volumina.pl Daniel Krzanowski

ul. Księcia Witolda 7–9, 71-063 Szczecin