

PRZEMYSŁAW MICHOWICZ

Uniwersytet Papieski Jana Pawła II w Krakowie

przemyslaw.michowicz@upjp2.edu.pl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5642-8522>

ETSI LEGISLATOR NON DARETUR: W POSZUKIWANIU WŁAŚCIWEJ KONCEPCJI PRAWA KANONICZNEGO

ETSI LEGISLATOR NON DARETUR: IN SEARCH FOR THE ADEQUATE CONCEPT
OF CANON LAW

Abstract. The research problem around which these analyzes focus, concerns the issue of the creation and validity of law without the law-making activity of the legislator. A special research area is the canon law system in its historical aspect of evolution from the original and arbitrary forms of resolving controversies to positively established norms subsequently included in the law code. Considerations on the role of the legislator will also enable the reconstruction of the legal order of the Church in such areas as the ontology of law, the relationship between law and statute, or the originality of canon law in relation to secular legal orders.

Keywords: legislator; creation of law; ontology of law; law and statute; canon law dogmatic

WPROWADZENIE

Rola i funkcja prawodawcy dziś wydają się gwarantem i nieodzownymi elementami procesów prawotwórczych. Mimo że z całą pewnością nie można powiedzieć o istnieniu tylko jednego prawodawcy faktycznego – prawo bowiem stanowiąc jest przez różne podmioty, często w żaden sposób ze sobą niekooperujące – to jednak właśnie od prawodawcy zależy nieustanne dążenie do tworzenia i wypracowania spójnego systemu prawa. W literaturze prawodawcę definiuje się na różne sposoby: jako zbiór założeń o pożądanym właściwościach prawodawcy czy też jako autora tekstu prawnego, będącego swoistym i koniecznym konstruktem teoretycznym, spełniającym funkcję gwarancyjną w procesie

wykładni prawa¹. Nowoczesny model dogmatyki prawa zasadniczo wyklucza możliwość stanowienia prawa bez udziału autentycznego autora tekstu prawnego. Jeśli zatem aktywność prawodawcy jest elementem *sine qua non* istnienia i obowiązywania prawa, niemożliwe jest stanowienie i działanie prawa przy braku obecności prawodawcy. Tak postawiona teza odzwierciedla silnie (jeśli nie skrajnie) pozytywistyczny sposób postrzegania i rozumienia prawa (porządku *hard law*), ignorując nie tylko jego alternatywne koncepcje, według których istnieje prawdziwe prawo bez konkretnych działań prawotwórczych (np. doktryny prawa naturalnego), ale także inne porządki prawne, które doświadczyły silnej pozytywnizacji dopiero przy okazji formalnej kodyfikacji prawa, funkcjonując w tym sensie przez wieki na podstawie wypracowanego, przez co wiążącego, rodzaju praktyki uzgadnianej jednak *in itinere*.

Specjalne miejsce w strukturze badawczej wcześniej wspomnianego problemu zdecydowanie zajmuje porządek prawa kanonicznego. Historyczne rozważania dotyczące ewolucji kształtowania się tego prawa w zwartą całość nie tylko umożliwią w niniejszej pracy (na tyle, na ile to możliwe w ograniczonej wypowiedzi, jaką stwarza artykuł naukowy) usystematyzowane rozumienie dogmatyki porządku kanonicznego w kluczu jego integracji ze zjawiskiem *utrumque ius*, ale także będą próbą odtworzenia głębokiej struktury rozumowań prawniczych, które w ostatnim czasie, w środowisku kanonistów, ograniczają się głównie do komentarzy nowelizowanego prawa.

1. CZYM PRAWO JEST, A CZYM NIE JEST?

Jako punkt wyjścia do dalszych rozważań warto przyjrzeć się kwestii nakreślonej w tytule pierwszego paragrafu analizowanej problematyki, która tylko pozornie dotyka, nierozwiązanego jak dotąd, problemu ontologii prawa i – w przypadku porządku prawa kanonicznego – jego „teologizacji” czy wręcz dywinizacji². Po dwóch i pół tysiąca lat istnienia nauki prawa próba rekonstrukcji jego pierwotnej koncepcji – wraz z poszukiwaniem odpowiedzi na pytanie, czy prawo (także

¹ Por. A. BATOR, A. KOZAK, *Prawodawca racjonalny*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2016, s. 35; H. PREE, *Legislador*, [w:] *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. 4, red. J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, Navarra 2012, s. 1009.

² Problematykę zwięźle podejmuje: P. GHERRI, *Canonistica e questione epistemologica: l'apporto di T. Jiménez Urresti*, „Apollinaris” 78 (2005), z. 1-2, s. 527-578; «Ius divinum»: Inadeguatezza di una formula testuale, [w:] *Il ius divinum nella Vita della Chiesa. XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico (Venezia 17-21 settembre 2008)*, red. J.I. Arrieta, Venezia 2010, s. 465-488. Zob. także: T. GAŁKOWSKI, *O nieadekwatności lub nie pojęcia prawa w prawie Bożym*, „Seminare” 31 (2012), s. 11-24.

kanoniczne) jest tylko pewnym bytem czy głównie nim, ale jednocześnie czymś zgoła odmiennym – jest zadaniem prawdopodobnie jałowym³. Droga donikąd okazuje się także podejmowanie wysiłków przypisania boskiego pochodzenia większości norm wyrażonych w aktach normatywnych porządku kanonicznego i uznania go za „źródło” nauk teologicznych. Przez ponad pięćdziesiąt lat od zakończenia II wojny światowej, zwłaszcza szkoła niemiecka prawa kanonicznego, ale także włoska i hiszpańska, opierając się na tak zdefiniowanych paradygmatach, usiłowały ukształtować i wyartykułować elementy fundacyjne prawa kościelnego⁴, ignorując nie tylko opublikowane wcześniej prace badawcze wskazujące na niewłaściwy kierunek podejmowanych przez nich wysiłków⁵, ale także antropologiczno-społeczny kontekst, w którym prawo jako zjawisko zaistniało niemalże samoistnie. Mając bowiem na uwadze pierwszorzędną funkcję prawa, jaką jest porządkowanie rzeczywistości, w swej najgłębszej istocie prawo jawi się jako pewien „zachowany porządek”⁶. Jego istnienie nie zależy od kogoś i nie jest uzależnione od tego, kto da mu życie i przy nim utrzyma. Prawo „występuje” w określonych warunkach, identyfikując się „istotowo” ze społeczną instytucją, w której zaistniało⁷. „Każda siła, która jest faktycznie społeczna i zorganizowana, mocą tego stanu rzeczy przekształca się w prawo, dlatego też – kontynuuje Santi Romano – podstawowy i pierwotny zarazem aspekt prawa wynika z instytucji, w której się ono kształtuje, nie zaś z reguł, norm i nakazów, według których działa; te wszak są jego wtórnym i czysto pochodnym derywatem”⁸. Prawdziwe jest zatem twierdzenie, według którego prawo kościelne to przede wszystkim „struktura relacji międzypersonalnych zakotwiczona we wspólnocie z Chrystusem, pociągająca za sobą powinności ujmowane w systemie normatywnym”⁹.

³ „Wszyscy wiemy, czym prawo jest, ale nikt nie potrafi powiedzieć, czym ono jest”. S. GRZYBOWSKI, *Dzieje Prawa*, Warszawa 1981, s. 23.

⁴ Por. R. TORF, *Les Écoles canoniques*, „Revue de Droit Canonique” 77 (1997), s. 103-104; R. SOBAŃSKI, *Kryzys czy odrodzenie nauki prawa kanonicznego*, „Prawo Kanoniczne” 24 (1981), z. 1, s. 25-34; R. SOBAŃSKI, *Szkoły kanonistyczne*, Warszawa 2009, *passim*.

⁵ Mam na myśli przede wszystkim przełomowe dzieło autorstwa SANTI ROMANO (pt. *L'ordinamento giuridico*), opublikowane we Florencji w 1945 roku, w którym to dziele pizański prawnik nie przypisuje pojęciu prawa konkretnego znaczenia, ale rozumie go jako relacyjną dynamikę. Zob. także: A. OLIVARI, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano 2016, *passim*; R. DI CEGLIE, *Il diritto come 'relazione': per un'analisi metafisica*, [w:] *Categorialità e trascendentalità del diritto*, red. P. Gherri, Città del Vaticano 2007, s. 77-95.

⁶ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari–Roma 2006, s. 19.

⁷ Por. P. GHERRI, *Persone, accoglienza e Diritto*, „Apollinaris” 89 (2016), s. 180-181.

⁸ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, s. 36 i 41; W. DZIEDZIAK, *O pojmowaniu prawa – zarys problemu*, „Studenckie Zeszyty Naukowe UMCS” 16 (2013) z. 23, s. 30.

⁹ R. SOBAŃSKI, *Teoria prawa kościelnego*, Warszawa 2011, s. 23.

Powyższa intuicja doktryny została wyrażona już podczas oficjalnej prezentacji Kodeksu Prawa Kanonicznego, podczas jego promulgacji w 1983 roku:

[...] jeśli Kościół, Ciało Chrystusa, jest strukturą zorganizowaną, jeśli zawiera się w nim różnorodność swoich członków i funkcji, jeśli «odtworza się» on w wielości Kościołów partykularnych, tym bardziej sieć wzajemnych powiązań jest w nim tak gęsta, że prawo już w nim istnieje; że nie może go tam nie być. Mam na myśli prawo w jego globalnym i istotowym rozumieniu, zanim w ogóle można mówić o jego specyfice i implikacji czysto kościelnej¹⁰.

Trudno zatem polemizować z faktem, że samorodność prawa¹¹ (*quo tale*) ma dla dogmatyki prawa kanonicznego niebagatelne znaczenie, każda bowiem zasada wyrażająca wartości etyczne czy religijne, bezwzględnie przynależna określonej wspólnotcie i tworząca treść pożądanego zachowania, staje się z czasem obowiązującą normą¹². Znamienny jest przykład właśnie prawa kościelnego, w którym status normy nabierają nawet zasady sprawowania liturgii, ponieważ jest ona istotnym elementem życia i budowania wspólnoty Kościoła, dla której prawo jest koniecznym narzędziem do osiągnięcia celów. Okazuje się, że tak rozumiane prawo (*ius*), w swej najgłębszej postaci, nie potrzebuje formalnego autora, aby spełniać swe funkcje. Ponadto jego pełna i słuszna autonomia względem prawa właściwego społecznościom świeckim ujawnia w rzeczy samej wewnętrzny charakter prawny tej wspólnoty; charakter, który w żadnej mierze nie jest wyłącznie pożądaną – i według niektórych, być może, konieczną – „korektą” porządków prawnych właściwych współczesnym strukturom państwa¹³, nie są bowiem one (z pewnością *in toto*) analogatem głównym kościelnego porządku prawnego¹⁴.

Dotychczas prowadzone rozważania skłaniają wstępnie do przyjęcia choćby dwóch podstawowych wniosków. Teza o wrodzonym prawie pochodzeniu i powstaniu w ludzkiej społeczności pozwala rozważać i pojmować prawo kościelne

¹⁰ IOANNES PAULUS PP. II, *Allocutio a summo Pontifice in aula supra porticum vaticanae Basilicae habita, ad novum Codicem Iuris Canonici, paucis ante diebus promulgatum, publice exhibendum*, „Acta Apostolicae Sedis” 75 (1983), cz. 1, p. 461, n. 8 (tł. własne).

¹¹ Zob. A. KOŚĆ, *Porządek prawny jako społeczny porządek norm*, „Roczniki Nauk Prawnych” 10 (2000), z. 1, s. 41.

¹² Zob. M. BARBERIS, *Il diritto come comportamento. Lezioni di filosofia di diritto*, Torino 1988, s. 11.

¹³ Por. P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941, s. 13-14.

¹⁴ Por. G. GHIRLANDA, *Il diritto civile „analogatum princeps” del diritto canonico?*, „Rassegna di Teologia” 16 (1975), s. 588-594; V. DE PAOLIS, *Jus, notio univoca an analogata?*, „Periodica” 69 (1980), s. 127-161.

nie tylko jako „porządek” (*ordo*), ale przede wszystkim jako instytucjonalny wymiar wspólnoty Kościoła¹⁵. Pojęcie instytucji jest najbardziej pozytywną koncepcją, jaką doktryna przyjmuje za swoją podstawę. Nie jawi się ona jako konieczność rozumu czy abstrakcyjna zasada, ale jako byt, i to byt nad wyraz skuteczny. Jeśli zatem prawo powstaje i „odtworza się” w społeczności instytucjonalnej¹⁶, poszukiwanie jego prawdziwej koncepcji nie może odbywać się za pomocą wyłącznie analiz teoretycznych czy nawet metafizycznych¹⁷, ale powinno polegać na badaniu konkretnej historycznej ewolucji Kościoła jako takiego (*v. infra*), który – w swych „instytucjonalnych” założeniach wobec zmiennych struktur politycznych i państwowych legitymujących sprawowanie władzy, a więc również stanowienie prawa, pozostawał zasadniczo niezmienny¹⁸. Nie można bowiem odkrywać (względnie rekonstruować) własnej tożsamości na podstawie schematów posługujących się takimi narzędziami, jak analogia, nawet w imię obrony tejże tożsamości¹⁹. To po pierwsze.

Po drugie, o ile powyższe założenia są prawdziwe, o tyle warto zauważyć, że teoretyczno-filozoficzny model *ius publicum ecclesiasticum* (zakwestionowany *de facto* przez Sobór Watykański II)²⁰ okazuje się zupełnie nieadekwatny do opisu natury wspólnoty Kościoła – jest po prostu nieprawdziwy. Zasadności takiego stwierdzenia nie należy doszukiwać się jedynie w partykularnych problemach

¹⁵ O relacji faktów społecznych do faktów instytucjonalnych, zob. L.J. ŻUKOWSKI, *Prawo jako fakt społeczny*, „Studia Prawnicze PAN” 209 (2017), z. 1, s. 7-9.

¹⁶ „*L’Istituzione*, dunque, è prima di tutto qualcosa che ‘avviene’ all’interno del vivere umano; è un *esito* che sgorga dalla quotidiana complessità del *vivere insieme* permettendone una semplificazione operativa e, soprattutto, relazionale. È, in fondo, un ‘codice di significati relazionali’ permanenti che, tutelato da congrui meccanismi di controllo sociale, permette a ciascuno di trovare, ottenere, occupare con serenità e stabilità, il proprio posto all’interno del gruppo sociale di appartenenza o di riferimento”. P. GHERRI, *Canonistica, Codificazione e Metodo*, Città del Vaticano 2019, s. 278 (kursywa oryginalna).

¹⁷ Por. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, s. 79.

¹⁸ Por. R. SOBAŃSKI, *Epistemologiczne problemy pojęcia prawa kościelnego*, „Prawo Kanoniczne” 33 (1990), z. 3-4, s. 51, 54-55.

¹⁹ Zob. T. GAŁKOWSKI, *Motywy eklezjologiczne u podstaw wyboru kodeksu jako źródła prawa w Kościele*, „Roczniki Nauk Prawnych” 34 (2024), z. 1, s. 39.

²⁰ Por. P. GHERRI, *Ordinamento giuridico e diritto canonico: il contributo strutturante di Santi Romano*, „Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica” 28 (2018), s. 4. Wymownym faktem odrzucenia kościelnego „*ancien regime’u*” jest rezygnacja kardynała Alfredo Ottaviani z funkcji Sekretarza Kongregacji Świętego Oficjum wkrótce po zakończeniu obrad Soboru Watykańskiego II. Był autorem *Instytucji* publicznego prawa kościelnego, które „zacementowały” prawny „publiczny” porządek Kościoła na wiele lat. Zob. „Ottaviani lascia il Sant’Uffizio, l’Unità”, dostęp: 9.01.1968, <https://s3.eu-west-1.amazonaws.com/dellarepubblica.it/Legislature/IV-CRONOLOGIA/68U/U-01-09-1968-p2-PSU-Direzione.pdf> (7.10.2024).

wynikających z (bezkrytycznego) przyjęcia przez wielu doktryny publicznego prawa kościelnego – domaga się ono przede wszystkim radykalnej zmiany paradygmatu²¹, o którą zabiegali głównie świeccy eksperci prawa kanonicznego²². Na dogmatykę prawa kościelnego należałoby spojrzeć z perspektywy relacji zachodzącej między dziejowo złożonym doświadczeniem prawnym Kościoła a czynnikami natury teologicznej, które czynią je możliwym, a nawet koniecznym (*v. infra*).

2. ZBYTECZNOŚĆ PRAWODAWCY (AŻEBY MÓC POSIADAĆ PRAWDZIWE PRAWO)

Właściwe rozumienie wyrażenia „prawdziwe prawo” wymaga koniecznego doprecyzowania. Hipoteza badawcza, sformułowana we wstępie, nie dotyczy powielania negatywnie udzielanych przez doktrynę odpowiedzi na pytanie o prawdziwość lub fałszywość prawa, powszechnie ujmowanych jako jego niewłaściwe atrybuty²³, lecz próby wykazania, że prawo konstytuujące się w określonym porządku może powstawać i obowiązywać bez konkretnej aktywności prawodawcy. Aby w pełni zrealizować tak określony cel, w przypadku porządku prawa kanonicznego, konieczne jest przeprowadzenie krytycznej analizy historycznego kształtowania się tego porządku i w tym kontekście dostrzec jego wyjątkowość.

Wykorzystując przeprowadzone wcześniej analizy, które wykazały samorodność prawa mogącego zaistnieć i obowiązywać w określonych warunkach bytu pewnej ludzkiej społeczności, warto ponownie podkreślić, że prawo (*ius*) jest zjawiskiem pierwotnym w stosunku do normy (*lex*)²⁴. Ustawa zatem jest elementem dodatkowym (w hipotezie zaistnienia luk prawnych) lub jego wtórną modyfikacją. Pierwszym kreatorem zasad obowiązujących w społeczności nie jest na pewno prawodawca, którego nieobecność nie tylko nie warunkuje, ale także nie uniemożliwia ani nie znosi istnienia podstawowych zasad funkcjonowania

²¹ Por. R. SOBAŃSKI, *O nową koncepcję kościelnego wewnętrznego prawa publicznego*, „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 4 (1971), s. 145-148.

²² Pierwsze dyskusje w tym temacie zapoczątkował: E. FOGLIASSO, *Lo jus publicum ecclesiasticum e lo ius constitutionale Ecclesiae*, „Salesianum” 27 (1965), s. 425-435; E. FOGLIASSO, *Avremo il Codice dello ius constitutum Ecclesiae? Che ne sarà allora dello ius publicum ecclesiasticum?*, „Palestra del Clero” 46 (1967), s. 1-12; L. MÜLLER, *Fede e diritto. Questioni fondamentali del Diritto canonico*, Lugano 2006, s. 117-118.

²³ Zob. F. VIOLA, *Diritto vero e diritto giusto*, „Persona y Derecho” 24 (1991), s. 233-265.

²⁴ Tomasz z Akwinu dokonywał wyraźnego zróżnicowania pomiędzy prawem (*ius*) a ustawą (*lex*). Por. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris 1975, s. 96. Zob. M. CARVALE, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino 2013.

jednostek w określonej grupie społecznej. Prawo zatem nie może być ujmowane wyłącznie jako „suma” poszczególnych norm (*lex*), lecz powinno wyrażać się w zasadach ujawnionych przez społeczność i tworzących ją instytucjach, które – przez sam fakt ich istnienia – stają się normatywnie relewantne²⁵. Wynika więc z tego, że związek pomiędzy prawem a prawodawcą ma charakter czysto formalny; innymi słowy, niekonstytutywny.

Na potwierdzenie powyższego należy odwołać się syntetycznie do długiego procesu tworzenia przez Kościół własnego porządku prawnego, w którym, dopiero w momencie pierwszej kodyfikacji jego prawa w 1917 roku, można było wyróżnić (i odróżnić przede wszystkim od prawa zwyczajowego) normy statuowane bezpośrednio przez ustawodawcę pojętego na sposób pozytywistyczny²⁶. Historyczna rekonstrukcja powstawania „prawnego porządku” Kościoła ujawnia z całą mocą, że jego nieodzownym konstruktem nie była ustawa (formalnie rozumiana w sposób, w jaki definiuje ją dogmatyka współczesnego prawa), lecz pewnego rodzaju skonsolidowana praktyka działania ukształtowana na podstawie konkretnych rozstrzygnięć powstałych na drodze sporno-sądowej (*in itinere*). Była przyjęta przez władzę kościelną (zazwyczaj Stolicę Apostolską) nie tyle jako postępowanie słuszne, co raczej właściwe, tj. prawidłowe, proporcjonalne, adekwatne względem „normowanej” sytuacji²⁷, z tym jednak zastrzeżeniem, że rzadko kiedy konkretny *modus procedendi* posiadał charakter „pozytywnie” stanowionej normy. Bezspornym tego przykładem jest obowiązywanie, począwszy od VI wieku²⁸, dekretów papieskich, które – zintegrowane z kanonami soborów według metod proponowanych przez Iwona z Chartres²⁹ i Mistrza Gracjana³⁰ – tworzyły co prawda strukturę zwartych przepisów prawnych (*ius*), jednak tak bardzo szeroką, że z czasem korzystanie z nich było mocno utrudnione, a wręcz uniemożliwiało praktyczne

²⁵ Por. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, s. 68 i 138.

²⁶ Por. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e Modernità giuridica*, t. 2: *Il Codex Iuris Canonici [1917]*, Milano 2008, s. 47-48.

²⁷ Chodzi zasadniczo o racje działania, wyrażające się w sposobie decydowania na przykładzie funkcjonowania tzw. *binæ iudicaturæ* (właściwe rozpoznawaniu spraw spornych przez Sacro Regio Consiglio w Neapolu na przełomie XVI i XVII wieku) i *due process* (przejęte także przez Kurię Rzymską jako zgodność dwóch wyroków – *duplex sententia conformis*). Por. P. MICHOWICZ, *Procedimento come principio inespreso*, „The Person and the Challenges” 14 (2024), z. 2, s. 57-59.

²⁸ Zob. *Collectio dionysiana*, [w:] *Die Canonessammlung des Dionysius Exiguus in der ersten Redaktion*, red. A. Strewe, Berlin–Leipzig 1931, s. 1-133.

²⁹ Por. IVO CARNOTENSIS, *Decretum*, [w:] *Patrologiae cursus completus*. Series Latina CLXI, red. J.P. Migne, Paris 1855, c. 47-1022.

³⁰ Por. GRATIANUS, *Concordia discordantium canonum*, [w:] *Corpus iuris canonici*, t. 1, red. E. Friedberg, Graz 1959.

zastosowanie dostępnych rozstrzygnięć normatywnych³¹. Obok tak rozumianego zbioru prawa istniała bardzo skromna liczba *leges*, rzadko kiedy o charakterze powszechnym, głównie ograniczająca się do konstytuowania (*constitutiones*) nowej instytucji prawnej lub materii do uregulowania³². Prawotwórcza aktywność papieży koncentrowała się zasadniczo na ustalaniu obowiązywania tak rozumianego prawa oraz decydowaniu o sposobie jego zastosowania w obliczu nieustannie pojawiających się nowych i coraz bardziej złożonych spraw spornych. Dominujące zatem przez wieki w „kościelnym obrocie prawnym” rozsądzenie sprawy na wzór średniowiecznej i renesansowej idei *arbitrium (regulatum liberum)*³³ ustąpiło z czasem oświeceniowej koncepcji prawa (*lex*), co nie neguje faktu, że przez wieki porządkowało ono złożoną przecież rzeczywistość Kościoła, nie będąc emanacją prawodawczych uprawnień papieży. Jest to działanie zupełnie przeciwne do tezy wyrażonej przez Hansa Kelsena, według której prawo – bez swego autora – istnieć nie może³⁴.

Zbyteczność prawodawcy, której z całą mocą sprzeciwiał się Kelsen, przynależy, być może, do porządku kanonicznego z racji tego, że – według aktualnie obowiązującej nomenklatury – można go opisać w swej historycznej warstwie za pomocą zjawiska *soft law*, tj. wywodzącej się z prawa międzynarodowego koncepcji tzw. prawa miękkiego. Jego cechą charakterystyczną (w przeciwieństwie do fenomenu *hard law*) jest to, że nie zostało ukształtowane przez sformalizowane procedury legislacyjne ani przez obecność grożącego przymusu w przypadku jego nieprzestrzegania, lecz jako efekt zgodnej woli podmiotów, wspólnego wypracowania pewnej wiążącej formy lub osiągniętego kompromisu, który

³¹ Przypomina o tym dobitnie Pius X, ogłaszając konieczność opracowania Kodeksu Prawa Kanonicznego: „Verum per hæc si quid allatum est quo pro temporum adiunctis difficultates minuerentur, rei tamen haud satis prospicitur. Ipsa namque Collectionum congeries non levem difficultatem parit; sæculorum decursu leges prodiere quamplurimæ, in multa congestæ volumina; non pauca, suis olim aptæ temporibus, aut abrogatæ sunt aut obsoleverunt; denique nonnullæ, ob immutata temporum adiuncta, aut difficiles ad exequendum evaserunt, aut communi animorum bono minus utiles”. PIUS PP. X, Motu proprio de Ecclesiæ legibus in unum redigendis *Arddum sane munus*, 19 martii 1904, „Acta Apostolicæ Sedis” 36 (1903-1904), s. 550.

³² „W niektórych przypadkach papieże, podejmując decyzje według własnego uznania, zarządzali ich moc prawną dla przypadków analogicznych. Punkt ciężkości prawotwórczej działalności papieskiej spoczywał więc na udzielaniu uprawnień subiektywnych i wprowadzeniu w poszczególnych przypadkach wyjątków od prawa powszechnego”. R. SOBAŃSKI, *Nauki podstawowe prawa kanonicznego. Teoria prawa kanonicznego*, t. 1, Warszawa 2001, s. 33.

³³ Por. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998, s. 99-102.

³⁴ „Kein Imperativ ohne Imperator”. H. KELSEN, *Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?*, „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht” 16 (1966), s. 242.

obligowałyby jednostki swą treścią³⁵. Ze swej natury posiadało (i wciąż posiada) funkcję wspólnototwórczą i doskonale oddaje istotę funkcjonowania (nie tylko, choć zasadniczo) pierwotnej wspólnoty chrześcijan. W tym sensie działanie tej wspólnoty naznaczone było przede wszystkim przekazem wiary i daniem jej świadectwa, co oznacza, że pierwotne przepisy regulujące życie tejszej wspólnoty były przekazywane, nie zaś stanowione³⁶. Zatem to świadectwo wiary „pierwszych” chrześcijan generowało pożądaną normę zachowania każdego z nich. Nie może zatem dziwić, że we wspólnotach, w przeciwieństwie do zrzeczeń, normy działają w organicznej społeczności, gdzie granice istniejące pomiędzy moralnością a regułami zachowania zacierają się i oparte są głównie na tradycji, torując drogę powstawania prawa zwyczajowego.

Powyższe uwagi wzmocniają argumentację zakreślonej we wstępie pracy hipotezy badawczej i odnoszą się zasadniczo do przeszłości, tj. do historycznego doświadczenia Kościoła w materii „odkrywania” i obowiązywania swego prawa (*ius*). Istotnymi jego determinantami były nie tylko wewnątrzkościelna „polityka” jego tworzenia, ale także zewnętrzne prądy filozoficzne (zwłaszcza oświeceniowe), których siła oddziaływania wpłynęła na wręcz kopernikańską zmianę jego paradygmatu³⁷, głównie w zakresie formy prawodawstwa i wszystkich koniecznie wynikających z tego konsekwencji³⁸.

3. PIERWSZE REZULTATY

Analizy dotychczas przeprowadzone upoważniają do przyjęcia kilku wniosków. Pierwszym i najważniejszym jest przeświadczenie o tym, że pojęcie prawa należy odnieść przede wszystkim do koncepcji ludzkiej społeczności, której nie tworzą jakiegokolwiek relacje zachodzące między osobami (jak np. relacje rodzinne czy przyjaźń, w której to przestrzeni prawo zwyczajnie nie znajduje zastosowania), lecz zbiorowość budującą określoną jedność, faktycznie ukonstytuowaną, zdolną do wyróżnienia różnych podmiotów ją tworzących. W tak pojętej strukturze organizacji prawo (*ius*), jako reguła porządkująca jej funkcjonowanie,

³⁵ Por. P. SKUCZYŃSKI, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 334.

³⁶ Zob. SOBAŃSKI, *Nauki podstawowe prawa kanonicznego*, s. 25.

³⁷ Zob. C. FANTAPPIÈ, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, [w:] *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, red. E. Baura, N.A. de las Asturias, T. Sol, Milano 2017, *passim*.

³⁸ Por. O. GIACCHI, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa*, [w:] *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, I, red. O. Giacchi, Milano 1981, s. 109-131; SOBAŃSKI, *Nauki podstawowe prawa kanonicznego*, s. 35.

powstaje samoistnie, gdyż jest naturalnym sposobem wyrażania się i osiągnięcia przez nią określonych celów. Z czasem staje się wręcz sformalizowanym wymogiem (*lex*), będącym gwarantem autentycznego przekazu najistotniejszych wartości tejże społeczności, a nawet gwarantem jej przetrwania³⁹. Jeśli zatem samorodność prawa należy do jego cech absolutnie fundacyjnych, to powyższe twierdzenie rewolucjonizuje postrzeganie i rozumienie prawa kanonicznego, którego na wskroś religijny charakter (model) nie może stanowić żadnej przeszkody dla *stricte* prawnego charakteru tworzonych (względnie odkrywanych) norm wzajemnego funkcjonowania. Co więcej, prawo w tej perspektywie jawi się (*id est*) wyraźnie i głównie jako narzędzie, którym tak ukonstytuowana wspólnota reguluje w sposób pokojowy wzajemne relacje względem tego, co przeszłe (*ius contra noxium*), jak i tego, co przyszłe (*ius contra conflictum*).

Podjęcie problematyki istnienia i obowiązywania prawa (jako takiego) z pominięciem formalnej interwencji prawodawcy ukazuje ponadto, że w aktualnych warunkach tworzenia prawa, czyli tzw. silnej pozytywizacji, trudno całkowicie ignorować rolę autora tekstu prawnego. Ewolucja prawnego doświadczenia wspólnoty Kościoła ukazała, że taki stan był jednak możliwy, w zasadzie aż do pierwszej kodyfikacji prawa kościelnego w 1917 roku⁴⁰, choć bezpośrednim impulsem „zamknięcia” prawa (*ius*) w kodeks nie była konieczność systematyzacji i większej dostępności obfitego materiału normatywnego. Niniejsze dociekania prowadzą także do przyjęcia wniosku, według którego *leges Ecclesiae*, nawet jeśli skodyfikowane i poddane procesom pozytywizacji⁴¹, odzwier-

³⁹ „(...) la struttura costituzionale della Chiesa Cattolica non ha come scopo quello di garantire la realizzazione dei diritti dei fedeli, ma quello di garantire che la Parola e i sacramenti celebrati oggi nella Chiesa siano ancora la stessa Parola e gli stessi sacramenti istituiti da Cristo”. P. VALDRINI, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui Libri I e II del CIC 1983*, Città del Vaticano 2013, s. 183-184. Por. P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il Diritto*, Milano 2006, s. XII.

⁴⁰ Emblematicznym przykładem ewolucji prawa ujmowanego jako wiążąca praktyka jest długi historyczny proces ujednoczenia i powszechnego obowiązywania instytucji wydalenia zakonnika. Początkowo takie regulacje były zawarte w regułach monastycznych, z czasem rzeczona dyscyplina była rozwijana przez kanonistów, aż do jej formalnej aprobaty przez Świętą Kongregację Soboru w 1624 roku. Na temat dalszego rozwoju tej instytucji, aż po czasy kodyfikacji pio-benedyktynskiej, zob. M. BIDER, *Wydalenie fakultatywne z instytutu zakonnego według kodeksu prawa kanonicznego*, Lublin 2006, s. 15-16, przyp. 30.

⁴¹ Liczne nowelizacje prawa kanonicznego, dokonane w ostatnich latach przez papieża Franciszka, uświadamiają, że wciąż i nieustannie mamy do czynienia ze zjawiskiem, który doktryna nazywa procesem rekodyfikacji, pomimo tego, że po promulgacji kodeksu prawa dla Kościoła łacińskiego w 1983 roku ilość aktów normatywnych pozostających „poza kodeksem” była imponująca, co mogło sugerować, że kościelne prawodawstwo zmierzało w kierunku tzw. dekodyfikacji. W naukach prawnych rozpropagowanie idei dekodyfikacji przypisuje się prof. NATALINO ITRI (*L'età della decodificazione*, Milano 1979). Por. także: C. FANTAPPIÈ, *Per un cambio di paradigma*.

ciedlają przede wszystkim (i w pierwszej kolejności) teologiczną i duchową ich rzeczywistość. Innymi słowy, Kodeks Prawa Kanonicznego, jak również cały jego porządek prawny, jest pewnym punktem dojścia złożonych procesów „prawotwórczych”, których doświadczała wspólnota Kościoła na przestrzeni zmieniających się epok⁴². Te procesy z kolei nie przesądzają o początkach kościelnego prawa w tym znaczeniu, że nie można utożsamiać – tak historycznie, jak i współcześnie – *ius* z *lex*.

Charakterystyczna dla porządku prawa kanonicznego, w kontekście zbyteczności prawodawcy, jest także przestrzeń, jaką sam Kościół stwarzał – i ciągle to czyni – dla tzw. prawa zwyczajowego. Kształt życia wspólnoty Kościoła nie jest tworzony wyłącznie na drodze regulacji ustawowej, lecz także poprzez inspirację wiernych. Należy podkreślić, że podstawą normatywnego waloru prawa zwyczajowego nie jest na ogół wola kościelnego prawodawcy, lecz świadomość wiernych uczestniczących w potrójnej misji Chrystusa. Nie ulega wątpliwości, że prawo zwyczajowe nie stwarza prawa alternatywnego (względem tego spisane-go), lecz je umacnia i udoskonala. Ks. Sobański pisał:

Autorzy nie umiejący widzieć prawa bez prawodawcy tłumaczyli praktykę wiernych prowadzącą do powstania prawa zwyczajowego jako prośbę społeczności skierowaną do przełożonego, aby ten własną zgodą usankcjonował ich praktykę jako prawo (...). Niezależnie od prawniczego naświetlenia roli przełożonego trzeba stwierdzić, że w każdej wspólnotce kościelnej jest obecny przełożony (acz niekoniecznie obdarzony władzą prawodawczą) (...). Wprowadzanie prawa zwyczajowego to nie wygrywanie poddanych przeciw przełożonym, lecz wyraz dojrzałości wspólnoty i współdziałania wszystkich, wyrosłego ze zmysłu wiary i ze wspólnotowego doświadczenia⁴³.

ZAKOŃCZENIE

Jedna z podstawowych intuicji prawniczych głosi, że prawo jest zjawiskiem, które nie może istnieć bez bezpośredniej interwencji prawodawcy jako podmiotu legitymizującego stanowienie norm w obrębie pewnego systemu. Prowadzone

Diritto canonico, teologia e riforma della Chiesa, Bologna 2019, s. 179-184; T. GAŁKOWSKI, *Przyszłość kodeksu prawa kanonicznego (Kodeks Jana Pawła II czy Franciszka?)*, „Studia Prawnicze KUL” 90 (2022), z. 2, s. 18-19.

⁴² „[La legge, dunque, è] l'ultimo risultato della dottrina convertito in comando”. G.D. ROMAGNOLI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato 1835, s. 205.

⁴³ SOBAŃSKI, *Nauki podstawowe prawa kanonicznego*, s. 66-67.

dotychczas analizy potwierdzają, że – historycznie rzecz ujmując – zjawisko prawa bez prawodawcy rozwijało się przez wieki we wspólnocie Kościoła katolickiego, który doczekał się formalnej pozytywizacji reguł zachowania dopiero z początkiem XX wieku. Dociekania, oparte zasadniczo na idei ewolucyjnego doświadczenia zjawiska prawa przez wspólnotę Kościoła, dowodzą wtórnej i wyłącznie funkcyjnej relacji prawa (jako takiego) względem prawodawcy. Innymi słowy, prawo (wciąż) może istnieć bez działań prawotwórczych, nie tylko w formie prawa zwyczajowego, ale także w innych, wypracowanych i powszechnie akceptowalnych, formach kooperatywnych zachowań członków danej społeczności, które są uznane za wzorce powinnego zachowania.

Okazuje się także, że podejmując refleksję nad funkcją prawodawcy w stosunku do stanowionego prawa, można jednocześnie dokonać rekonstrukcji kanonicznego porządku prawnego w takich jego obszarach, jak choćby ontologia, stosunek prawa do ustawy czy niedająca się wyprowadzić ze świeckich porządków prawnych naturalna i wrodzona oryginalność tegoż systemu. Integracja tych różnych, aczkolwiek mocno ze sobą powiązanych problemów prowadzi do wniosku, że cel, jaki został zamierzony we wstępie niniejszej pracy, został osiągnięty zgodnie z przyjętymi ramami opracowania.

BIBLIOGRAFIA

- BARBERIS Mauro, *Il diritto come comportamento. Lezioni di filosofia di diritto*, Torino 1988.
- BATOR Andrzej, KOZAK Artur, *Prawodawca racjonalny*, [w:] *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, red. A. Bator, Warszawa 2016, s. 35-36.
- BIDER Marcin, *Wydalenie fakultatywne z instytutu zakonnego według kodeksu prawa kanonicznego*, Lublin 2006.
- CARVALE Mario, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino 2013.
- Collectio dionysiana*, [w:] *Die Canonessammlung des Dionysius Exiguus in der ersten Redaktion*, red. A. Strewe, Berlin–Leipzig 1931, s. 1-133.
- DE PAOLIS Velasio, *Jus, notio univoca an analogo?*, „Periodica” 69 (1980), s. 127-161.
- DI CEGLIE Roberto, *Il diritto come ‘relazione’: per un’analisi metafisica*, [w:] *Categorialità e trascendentalità del diritto*, red. P. Gherri, Città del Vaticano 2007, s. 77-95.
- DZIEDZIAK Wojciech, *O pojmowaniu prawa – zarys problemu*, „Studenckie Zeszyty Naukowe UMCS” 16 (2013), z. 23, s. 17-35.
- FANTAPPIÈ Carlo, *Chiesa romana e Modernità giuridica*, t. 2: *Il Codex Iuris Canonici [1917]*, Milano 2008.

- FANTAPPIÈ Carlo, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, [w:] *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, red. E. Baura, N.Á. de las Asturias, T. Sol, Milano 2017, s. 3-34.
- FANTAPPIÈ Carlo, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforma della Chiesa*, Bologna 2019.
- FEDELE Pio, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova 1941.
- FOGLIASSO Emilio, *Lo jus publicum ecclesiasticum e lo ius constitutionale Ecclesiae*, „Salesianum” 27 (1965), s. 425-435.
- FOGLIASSO Emilio, *Avremo il Codice dello ius constitutum Ecclesiae? Che ne sarà allora dello ius publicum ecclesiasticum?*, „Palestra del Clero” 46 (1967), s. 1-12.
- GALKOWSKI Tomasz, *O nieadekwatności lub nie pojęcia prawa w prawie Bożym*, „Seminare” 31 (2012), s. 11-24.
- GALKOWSKI Tomasz, *Przyszłość kodeksu prawa kanonicznego (Kodeks Jana Pawła II czy Franciszka?)*, „Studia Prawnicze KUL” 90 (2022), z. 2, s. 7-22.
- GALKOWSKI Tomasz, *Motywy eklezjologiczne u podstaw wyboru kodeksu jako źródła prawa w Kościele*, „Roczniki Nauk Prawnych” 34 (2024), z. 1, s. 31-47.
- GHIRLANDA Gianfranco, *Il diritto civile „analogatum princeps” del diritto canonico?*, „Rassegna di Teologia” 16 (1975), s. 588-594.
- GHERRI Paolo, *Canonistica e questione epistemologica: l'apporto di T. Jiménez Urresti*, „Apollinaris” 78 (2005), z. 1-2, s. 527-578.
- GHERRI Paolo, «Ius divinum»: Inadeguatezza di una formula testuale, [w:] *Il ius divinum nella Vita della Chiesa. XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico (Venezia 17-21 settembre 2008)*, red. J.I. Arrieta, Venezia 2010, s. 465-488.
- GHERRI Paolo, *Persone, accoglienza e Diritto*, „Apollinaris” 89 (2016), s. 167-192.
- GHERRI Paolo, *Ordinamento giuridico e diritto canonico: il contributo strutturante di Santi Romano*, „Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica” 28 (2018), s. 1-21.
- GHERRI Paolo, *Canonistica, Codificazione e Metodo*, Città del Vaticano 2019.
- GIACCHI Orio, *Sostanza e forma nel diritto della Chiesa*, [w:] *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980)*, I, red. O. Giacchi, Milano 1981, s. 109-131.
- GRATIANTUS, *Concordia discordantium canononum*, [w:] *Corpus iuris canonici*, t. 1, red. E. Friedberg, Graz 1959.
- GROSSI Paolo, *Prima lezione di diritto*, Bari–Roma 2006.
- GROSSI Paolo, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il Diritto*, Milano 2006.
- GRZYBOWSKI Stanisław, *Dzieje Prawa*, Warszawa 1981.
- IOANNES PAULUS PP. II. *Allocutio a summo Pontifice in aula supra porticum vaticanæ Basilicæ habita, ad novum Codicem Iuris Canonici, paucis ante diebus promulgatum, publice exhibendum*, „Acta Apostolicae Sedis” 75 (1983), cz. 1, s. 461-462.
- ITRI Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

- IVO Carnotensis, *Decretum*, [w:] *Patrologiae cursus completus*. Series Latina CLXI, red. J.P. Migne, Paris 1855, c. 47-1022.
- KELSEN Hans, *Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?*, „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht” 16 (1966), s. 233-255.
- KOŚC Antoni, *Porządek prawny jako społeczny porządek norm*, „Roczniki Nauk Prawnych” 10 (2000), z. 1, s. 39-49.
- MICHOWICZ Przemysław, *Procedimento come principio inespreso*, „The Person and the Challenges” 14 (2024), z. 2, s. 51-61.
- MECCARELLI Massimo, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998.
- MÜLLER Ludger, *Fede e diritto. Questioni fondamentali del Diritto canonico*, Lugano 2006.
- OLIVARI Alessandro, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano 2016.
- „Ottaviani lascia il Sant’Uffizio, l’Unità”, dostęp: 9.01.2025, <https://s3.eu-west-1.amazonaws.com/dellarepubblica.it/Legislature/IV-CRONOLOGIA/68U/U-01-09-1968-p2-PSU-Direzione.pdf> (7.10.2024).
- PIUS PP. X, *Motu proprio de Ecclesiae legibus in unum redigendis Arddum sane munus*, 19 martii 1904, „Acta Apostolicae Sedis” 36 (1903-1904), s. 549-551.
- PREE Helmut, *Legislador*, [w:] *Diccionario General de Derecho Canónico*, t. 4, red. J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, Navarra 2012, s. 1008-1012.
- ROMAGNOSI Gian Domenico, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato 1835.
- ROMANO Santi, *L’ordinamento giuridico*, Firenze 1945.
- SOBAŃSKI Remigiusz, *O nową koncepcję kościelnego wewnętrznego prawa publicznego*, „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 4 (1971), s. 143-159.
- SOBAŃSKI Remigiusz, *Kryzys czy odrodzenie nauki prawa kanonicznego*, „Prawo Kanoniczne” 24 (1981), z. 1, s. 23-36.
- SOBAŃSKI Remigiusz, *Epistemologiczne problemy pojęcia prawa kościelnego*, „Prawo Kanoniczne” 33 (1990), z. 3-4, s. 49-59.
- SOBAŃSKI Remigiusz, *Szkoły kanonistyczne*, Warszawa 2009.
- SOBAŃSKI Remigiusz, *Teoria prawa kościelnego*, Warszawa 2011.
- SOBAŃSKI Remigiusz, *Nauki podstawowe prawa kanonicznego. Teoria prawa kanonicznego*, t. 1, Warszawa 2001, s. 33.
- SKUCZYŃSKI Piotr, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 325-343.
- TORF Rik, *Les Écoles canoniques*, „Revue de Droit Canonique” 77 (1997), s. 89-110.
- VALDRINI Patrick, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui Libri I e II del CIC 1983*, Città del Vaticano 2013.

VILLEY Michel, *Philosophie du droit*, Paris 1975.

VIOLA Francesco, *Diritto vero e diritto giusto*, „Persona y Derecho” 24 (1991), s. 233-265.

Żukowski Lech J., *Prawo jako fakt społeczny*, „Studia Prawnicze PAN” 209 (2017), z. 1, s. 7-22.

ETSI LEGISLATOR NON DARETUR: W POSZUKIWANIU WŁAŚCIWEJ KONCEPCJI PRAWA KANONICZNEGO

Streszczenie

Problem badawczy, wokół którego koncentrują się niniejsze analizy, dotyczy kwestii powstania oraz obowiązywania prawa bez aktywności prawotwórczej prawodawcy. Szczególnym obszarem badawczym jest porządek prawa kanonicznego w jego historycznym aspekcie ewolucji, od pierwotnych i arbitralnych form rozstrzygania kontrowersji aż po pozytywnie stanowione normy ujęte następnie w kodeks prawa. Rozważania nad rolą prawodawcy umożliwią także rekonstruowanie prawnego porządku Kościoła w takich jego obszarach, jak ontologia prawa, relacja prawa do ustawy czy oryginalność prawa kanonicznego względem świeckich porządków prawnych.

Słowa kluczowe: prawodawca; tworzenie prawa; ontologia prawa; prawo (*ius*) a ustawa (*lex*); dogmatyka prawa kanonicznego

