

Instytucja zawarcia małżeństwa „konkordatowego” przykładem nietypowej prywatyzacji zadań publicznych

Wprowadzenie

Prywatyzacja sektora publicznego to ciągle nośna problematyka nie tylko w literaturze nauk administracyjnych, ale i nauk pokrewnych. Tendencja do „odpaństwowienia” zadań publicznych jest pewną stałą wartością demokratycznego państwa prawa, wyrażającą się w „demonopolizacji”, „deetatyzacji”, „deregulacji państwa”, czyli w dążeniu do budowania społeczeństwa obywatelskiego. Zagadnienie prywatyzacji zadań publicznych zyskuje na znaczeniu wraz z pojawiającymi się nowymi obszarami prywatyzowanych zadań. Takim nowym obszarem – zjawiskiem badawczym jest instytucja zawarcia małżeństwa „konkordatowego”. Podkreślmy słowo „badawczym”, gdyż instytucja ta *de facto* i *de iure* istnieje w polskim porządku prawnym od 15 listopada 1998 r., tj. od chwili wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej¹ oraz aktów do niej wykonawczych², dostosowujących rodzime przepisy prawne do art. 10 Konkordatu³. Sprywatyzowanie instytucji

¹ Ustawa z 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 117, poz. 757) – cyt. dalej jako: ustawa nowelizacyjna.

² Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu sporządzania ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczania oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów (Dz. U. Nr 136, poz. 884 ze zm.) i obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1§ 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (M. P. Nr 18, poz. 191) – cyt. dalej jako: obwieszczenie MSWiA.

³ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską podpisany w dniu 28 lipca 1993 r. (Dz. U. Nr 51, poz. 319).

zawarcia małżeństwa nie mieści się w klasycznym, prawno-ekonomicznym rozumieniu pojęcia „prywatyzacji”⁴. Jej nietypowy charakter – wynikający z rodzaju prywatyzowanych zadań publicznych, podmiotu przejmującego wykonanie tych zadań, form prywatyzacji – domaga się spojrzenia na nią w szerszym kontekście. Kontekst ten wyznaczają trzy komplementarne płaszczyzny terminologiczne: pojęcie i typy prywatyzacji oraz rozumienie terminu „zadania publiczne” – bez których przypomnienia omawiana instytucja byłaby zawieszona w próżni. Na podstawie zaprezentowanych dystynkcji w kontekście terminologicznym wyróżnione zostaną trzy ujęcia prywatyzacji instytucji zawierania małżeństwa „konkordatowego”: podmiotowe, przedmiotowe i zakresowe.

Kontekst terminologiczny

Pojęcie prywatyzacji na trwałe weszło do języka prawniczego w stylistyce heurystycznej zaproponowanej przez S. Biernata: „(...) prywatyzacja zadań publicznych nie stanowi jednolitej instytucji prawnej. Jest to zbiorcze określenie dla zróżnicowanej grupy rozwiązań prawnych, które odzwierciedlają ogólną tendencję przemian występujących w administracji publicznej. (...) Prywatyzacja zadań publicznych może być rozumiana dwojako, a mianowicie: – jako pewien proces, kierunek przekształceń dotychczasowego sposobu wykonywania zadań (czyli jako prywatyzowanie) oraz – jako wynik tego procesu, tj. nowy sposób wykonywania zadań publicznych”⁵. Wieloznaczność tego terminu dostrzegana jest przez specjalistów różnych dziedzin zajmujących się tym zagadnieniem, choć wyraźnie dominuje tutaj nachylenie prawno-ekonomiczne⁶. Najcelniej uwidacznia się owa wieloznaczność w błędach dychotomicznego podziału prywatyzacji. Do typowych wypadów zaliczyć błędy ogólnosemantyczne, czyli nieostrość zakresów (mieszają się, mają część wspólną) oraz formalne, czyli nieadekwatność (podział jest zbyt wąski lub zbyt szeroki) i nierozłączność (krzyżowanie się zakresów). W doktrynie występują różnorodne podziały przybliżone⁷ prywatyzacji.

⁴ Prawodawca w art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (tekst jednolity: Dz. U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1397 ze zm.) zdefiniował pojęcie „prywatyzacji”, odnosząc je do przedsiębiorstw państwowych i spółek Skarbu Państwa.

⁵ S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 26-27.

⁶ Por. m.in. C. Żuławska, *Niektóre prawne i ekonomiczne aspekty prywatyzacji*, Państwo i Prawo 1991, z. 2, s. 3; P. Tamowicz, *Prywatyzacja usług komunalnych – przegląd doświadczeń zagranicznych*, Gdańsk 1990, s. 12; S.T. Surdykowska, *Prywatyzacja*, Warszawa 1996, *passim*; A. Błaś, *Prywatyzacja zadań samorządu terytorialnego*, [w:] A. Błaś (red.) *Studia nad samorządem terytorialnym*, Wrocław 2002, s. 360.

⁷ W ogólnej metodologii nauk występuje pojęcie podziału przybliżonego na oznaczenie podziału zawierającego błędy w sytuacji, gdy nie mamy lepszego w danym momencie; zob. Z. Hajduk, *Ogólna metodologia nauk*, Lublin 2001, s. 49.

I tak ze względu na podmiot przejmujący zadania publiczne można wyróżnić prywatyzację wewnętrzną i zewnętrzną⁸. Pierwsza – zachodzi między sektorami (państwowym i samorządowym) administracji publicznej i polega na zleceniu zadań publicznych podmiotom administracji zdecentralizowanej. Zbliżona do niej charakterem jest prywatyzacja organizacyjna, w której wyniku następuje wyodrębnienie ze struktury administracji rządowej lub samorządowej podmiotu zorganizowanego w formie prywatnoprawnej, działającego w sferze administracji publicznej i podlegającego jej kontroli⁹. Druga – nazywana też funkcjonalną¹⁰ – polega na powierzaniu zadań publicznych podmiotowi prywatnemu spoza struktury administracji publicznej¹¹.

Biorąc jako kryterium podziału zakres można wyodrębnić trzy typy prywatyzacji: całościową, czyli prywatyzację dziedziny/gałęzi zadań publicznych, częściową, czyli prywatyzację określonego zadania publicznego lub jego części, oraz równoległą, czyli wykonywanie tych samych zadań publicznych (współdomena) przez podmioty publiczne i prywatne¹². Nadto w doktrynie prawa administracyjnego odróżnia się prywatyzację zadań publicznych (prywatyzację *sensu stricto*) od prywatyzacji wykonywania zadań publicznych (prywatyzacja *sensu largo*). W pierwszym przypadku chodzi o sytuację,

⁸ Zob. L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, *Stosunki prawne w procesie prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24-27 września 2006 r.*, Kraków 2007, s. 350.

⁹ *Ibidem*, s. 351. Por. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka...*, s. 105 i n.; *idem*, *Prywatyzacja zadań publicznych (Zarys problematyki)*, Państwo i Prawo 1993, nr 5, s. 10 i n.; L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000, s. 19. Autorka recypuje na grunt polskiej nauki administracji dualną koncepcję prywatyzacji F. Schocha, który wyodrębnił: „prywatyzację organizacyjną”, polegającą na przekształceniu majątku państwowego lub komunalnego w prywatny bądź wykonywaniu zadania publicznego przez organ administrujący zorganizowany w formie prywatnoprawnej, oraz „prywatyzację materialną” oznaczającą przekazywanie zadań podmiotom prywatnym, tym samym włączanym do wykonania zadań obowiązkowych gminy; zob. *idem*, *Die Privatisierung der Betriebe des Staates bzw. der Gemeinden – Kommunalrechtlich Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung kommunaler, Selbstverwaltungskörperschaften*. Referat na VIII Polsko-Niemieckie Kolokwium Prawa Administracyjnego, Kraków – wrzesień 1992.

¹⁰ W podręcznikach prawa administracyjnego wyraźnie oddziela się zlecenie funkcji od prywatyzacji zadań publicznych. Por. m.in. E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2010, s. 90. Przysługując słuszość rozumowaniu K. Bandarzewskiego, wydaje się, że można potraktować zlecenie funkcji podmiotom niepublicznym jako rodzaj prywatyzacji zadań publicznych. Jak pisze Autor: „Zlecenie funkcji to wykonywanie zadań publicznych, ponieważ zakres zadania publicznego obejmuje załatwianie indywidualnych spraw administracyjnych mieszczących się w ramach danego zdania. Rozumiejąc prywatyzację jako odstępowanie od wykonywania zadań publicznych przez podmioty publiczne, tym samym nie można z tego zakresu eliminować wykonywania zadania publicznego przejawiającego się w jego skonkretyzowaniu w postępowaniu administracyjnym”; *idem*, *Prywatyzacja zadań publicznych*, [w:] J. Zimmermann (red.) *Koncepcja systemu...*, s. 332-333.

¹¹ Zob. L. Zacharko, B. Wartenberg-Kempka, *op. cit.*, s. 351; L. Zacharko, *op. cit.*, s. 25.

¹² S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych (Zarys problematyki)*..., s. 7 i n.; *idem*, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka...*, s. 43 i n.

kiedy pewne zadania przestają być traktowane jako zadania publiczne i państwo rezygnuje z zajmowania się nimi. W drugim natomiast samo zadanie nie przestaje być traktowane jako publiczne i pozostaje nadal w obszarze zainteresowania państwa, a zmienia się tylko podmiot wykonujący bezpośrednio to zadanie albo i też formy prawne, w jakich zadanie to jest wykonywane. Na organach państwowych nadal spoczywa odpowiedzialność za wykonanie tych zadań. Nie wyklucza to jednak odpowiedzialności bezpośredniego wykonawcy, której formy będą najczęściej normowane reżimem prawa cywilnego¹³.

Ze względu na przedmiot wyróżnia się prywatyzację majątkową i zadaniową. Mimo pewnych różnic między prywatyzacją przedsiębiorstw komercyjnych (przekształcenia własnościowe) a przedsiębiorstw użyteczności publicznej (zmiana formy wykonywania zadań) obie kategorie prywatyzacji, jak dostrzega S. Biernat¹⁴ zresztą analogicznie do przedstawicieli nauki niemieckiej¹⁵, są równocześnie prywatyzacją zadań publicznych. Tak więc przez prywatyzację zadań publicznych należy rozumieć wszelkie przejawy odstępowania od wykonywania zadań przez podmioty administracji publicznej, działające w formach prawa publicznego na rzecz rozwiązań prawa prywatnego¹⁶. Prywatyzacji mogą ulec trzy elementy (jednocześnie albo każdy z osobna) dotychczasowego sposobu wykonania zadania publicznego: podmiot (miejsce podmiotu publicznego zajmuje podmiot prywatny), stosunek prawny zachodzący między obywatelem a organem wykonującym zadanie (ze stosunku administracyjnoprawnego na cywilnoprawny) i formy wykonywania zadań (z publicznoprawnych na prywatnoprawne)¹⁷.

Wyrażenie „zadanie publiczne” to kolejne pojęcie heurystyczne, wymagające przypomnienia, by uchwycić problem atypowości prywatyzacji instytucji zawarcia małżeństwa „konkordatowego”. Prawodawca polski posługując się owym terminem w rozlicznych aktach prawnych nie podał jego legalnej definicji. Zaprezentowane w doktrynie¹⁸ i orzecznictwie¹⁹ ujęcia zadania publicznego pozwalają przyjąć następującą definicję:

¹³ Zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych (Zarys problematyki)*..., s. 6-7.

¹⁴ S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka* ..., s. 35-37.

¹⁵ K. König, *Kritik öffentlicher Aufgaben*, Speyer 1988, nr 72, s. 54 i n.

¹⁶ S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka* ..., s. 25.

¹⁷ S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych (Zarys problematyki)*..., s. 6; por. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2005, s. 144.

¹⁸ Por. m.in. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych (Zarys problematyki)*..., s. 3-5; *idem*, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka* ..., s. 12 i n.; L. Zacharko, *op. cit.*, s. 13 i n.; J. Blicharz, *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Kolonia Limited 2005, s. 31 i n.; M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] J. Zimmermann (red.) *Koncepcja systemu*..., s. 95 i n.

¹⁹ Zob. orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego do art. 163 i 166 Konstytucji RP zamieszczone w publikacji M. Zubik (red.), *Konstytucja RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyj-*

zadanie publiczne to normatywnie określony obowiązek i zarazem uprawnienie państwa zaspokajania zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka realizowany przez kompetentny organ administrujący za pomocą prawnych form działania. Konstrukcja modelowa zadania publicznego, jak słusznie zauważa M. Tabernacka, składa się z pięciu elementów: 1. określenie zadania publicznego prawem powszechnie obowiązującym, 2. wykonywanie go w formach prawnych, 3. według procedur określonych prawem, 4. finansowanie ze środków państwa, 5. kontrola nad jego wykonaniem sprawowana przez organy państwa²⁰. Z kwestią definiowalności kategorii pojęciowej zadań publicznych łączy się także zagadnienie ich systematyki. W literaturze przedmiotu najczęściej spotykamy się z klasycznym podziałem zadań publicznych na zadania administracji scentralizowanej (rządowej) i zdecentralizowanej (samorządowej)²¹. Interesujący katalog zadań publicznych formułuje E. Knosala i R. Stasikowski, wyodrębniając następujące kompleksy zadań publicznych: bezpieczeństwo, świadczenie, nadzór, rozstrzygnięcie sporów, jawność i podtrzymanie systemu²².

Nietypowy podmiot prywatyzacji

Związek wyrażeniowy „zawarcie małżeństwa konkordatowego” należy rozumieć jako jeden z dwóch równorzędnych sposobów zawarcia małżeństwa cywilnego w formie kanonicznej, czyli w obecności uprawnionego duchownego katolickiego. W ramach ustaleń teoretyczno-normatywnych wyłania się przede wszystkim potrzeba doprecyzowania określenia podmiotu uprawnionego do wykonywania tego typu zadania publicznego. W tym celu wypadnie przyjąć trójstopniowość analiz i poprowadzić je od pojęcia „duchownego katolickiego” przez pojęcie „organu administracji kościelnej”, by je osadzić w kategorii prawnej „podmiotu administrującego”.

Z treści art. 1 § 2 k.r.o.²³ wynika, że podmiotem uprawnionym do przyjęcia oświadczeń woli o zawarciu małżeństwa podlegającego prawu polskiemu z jednoczesnym za-

nego i wybranych sądów, Warszawa 2008, s. 637-638 i 642-645.

²⁰ M. Tabernacka, *Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych*, Kolonia Limited 2007, s. 95.

²¹ Zob. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka...*, s. 13; J. Blicharz, *op. cit.*, s. 34.

²² E. Knosala, R. Stasikowski, *Typologia zadań publicznych (szkic z nauki administracji i prawa administracyjnego)*, [w:] J. Supernat (red.), *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, Wrocław 2009, s. 334 i n.

²³ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 ze zm.) – cyt. dalej jako: k.r.o.

warciem małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego jest duchowny. Ta generalna zasada dotycząca małżeństw zawieranych w formie wyznaniowej została skonkretyzowana przepisem *lex specialis* zamieszczonym w art. 15a ust. 2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁴. W przepisie tym ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „osoby duchownej”, przed którą składa się oświadczenia o zawarciu małżeństwa, odsyłając w tej kwestii do prawa kanonicznego²⁵.

Stosownie do brzmienia kan. 1108 § 1 KPK taką osobą duchowną jest ordynariusz miejsca, proboszcz albo delegowany przez jednego z nich kapłan lub diakon²⁶. Jak wynika z przywołanej *norma canonica*, jedynie ordynariusz miejsca oraz proboszcz posiadają zwyczajną władzę do asystowania przy zawieraniu małżeństw „swoich” parafian (diecezjan) na mocy sprawowanego urzędu i w granicach własnego terytorium. Każdy z wymienionych organów administracji kościelnej dopóki ważnie sprawuje swój urząd, może tę władzę delegować innemu duchownemu (kan. 1111 § 1 KPK)²⁷. Tak więc „osobą duchowną” w rozumieniu art. 15a ust. 2 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła jest jedynie duchowny posiadający jurysdykcję do asystowania przy zawieraniu małżeństw na mocy sprawowanego urzędu (*ex lege*), tj. ordynariusz i proboszcz albo na mocy delegacji (*delegatio generalis et specialis*), tj. upoważniony kapłan lub diakon. „Zatem zgodnie z prawem kanonicznym małżeństwo może zostać zawarte zgodnie z prawem jedynie wobec tego duchownego, który posiada jurysdykcję. Wymóg ten jest bezwzględ-

²⁴ Dz. U. Nr 29, poz. 154 ze zm. Ustawodawca podaje definicję pojęcia „osoby duchownej”, ale na gruncie systemu ubezpieczeń społecznych. Zob. art. 8 ust. 13 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2009 r., Nr 205, poz. 1585).

²⁵ Przez prawo kanoniczne dla potrzeb niniejszej publikacji rozumiem normy zapisane w kanonach (kan.) Kodeksu Prawa Kanonicznego; przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski, Poznań 1984 – cyt. dalej jako: KPK.

²⁶ W kan. 1112 § 1 KPK przewidziany został wyjątek od wspomnianej zasady stanowiący, że w przypadku braku kapłanów i diakonów biskup diecezjalny może delegować osobę świecką do asystowania przy zawieraniu małżeństw. Przed udzieleniem takiej delegacji biskup powinien uzyskać zezwolenie Stolicy Apostolskiej, a wcześniej pozytywną opinię lokalnej Konferencji Episkopatu.

²⁷ Kapłan lub diakon może być upoważniony do asystowania przy zawieraniu wszystkich małżeństw na terytorium delegującego (delegacja ogólna) albo tylko do określonych małżeństw (delegacja szczególna). Delegacja powinna być udzielona w sposób wyraźny, z tym że do ważności delegacji ogólnej wymagana jest forma pisemna, natomiast delegacja szczególna może być udzielona ustnie (kan. 1112 § 2 KPK). Zob. na ten temat szerzej T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według kodeksu Jana Pawła II*, T. III, *Prawo małżeńskie*, Olsztyn 1984, s. 179; W. Góralski, *Kanoniczne prawo małżeńskie*, Warszawa 2000, s. 121-122.

ny i jego niezachowanie powoduje na terenie prawa kanonicznego sytuację *matrimonium non existens* z powodu niezachowania formy kanonicznej²⁸.

Powstaje zatem pytanie, czy te same „osoby duchowne” są uprawnione do przyjęcia oświadczenia o zawarciu małżeństwa podlegającego prawu polskiemu, skoro normy kanoniczne w tym zakresie na mocy wyraźnego odesłania, jakie zawiera art. 15a ust. 2 powołanej ustawy, są recypowane przez prawo polskie. Odpowiedź na to pytanie daje obwieszczenie MSWiA zawierające wykaz stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 k.r.o. Osoba zajmująca jedno ze wskazanych stanowisk w pkt 1 powołanego aktu prawnego, a mianowicie: ordynariusz miejsca, proboszcz, administrator parafii oraz wikariusz lub duchowny w zastępstwie proboszcza, jest duchownym w rozumieniu przepisów o zawarciu małżeństwa. A to oznacza, że uprawnione organy administracji kościelnej uzyskały na mocy przepisów k.r.o. i p.a.s.c.²⁹ kompetencje nie tylko do sporządzenia zaświadczenia będącego podstawą rejestracji małżeństwa „konkordatowego”, lecz także do przyjęcia oświadczeń, o których mowa w art. 1 § 2 k.r.o. Jak słusznie zauważył A. Mezglewski, prawodawca zastosował swoistą recepcję nie tyle pojęcia „duchownego”³⁰, gdyż to wymagałoby uwzględnienia aspektu teologiczno-doktrynalnego, ile raczej statusu duchownego³¹.

W świetle przeprowadzonych rozważań „duchowny katolicki” w rozumieniu przepisów prawa polskiego o zawarciu małżeństwa to osoba, która z tytułu zajmowanego stanowiska w Kościele katolickim oraz ze względu na uznanie tych stanowisk w obwieszczeniu MSWiA uzyskała kompetencje do realizowania obowiązków związanych z zawarciem małżeństwa „konkordatowego”.

²⁸ A. Mezglewski, *Pojęcie „duchownego” w przepisach prawa polskiego o zawieraniu małżeństwa*, Studia z Prawa Wyznaniowego 2001, T. II, s. 8.

²⁹ Ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2004 r., Nr 161, poz. 1688 ze zm.) – cyt. dalej jako: p.a.s.c.

³⁰ Definicję pojęcia „duchownego” m.in. podaje *Encyklopedia Katolicka*. Nawiązując do jej treści można stwierdzić, że duchownym jest osoba spełniająca publiczne funkcje sakramentalne (albo zdolna do ich spełniania), powoływana w drodze ordynacji, wyboru lub nominacji, należąca do stanu duchownego. W ujęciu wąskim duchownym jest zarówno diakon (z tytułu święceń diakonatu), kapłan (z tytułu święceń kapłańskich), jak i biskup (z tytułu konsekracji biskupiej) z papieżem włącznie, którzy są upoważnieni do pełnienia różnych funkcji sakramentalnych, administracyjnych i sędziowskich. W ujęciu szerszym pojęcie to obejmuje także swoim zakresem zakonników z wyjątkiem nowicjuszy. Każdy duchowny przynależy do określonej diecezji lub zakonu, do których zostaje inkardynowany na stałe przez przyjęcie święceń diakonatu lub profesję zakonną. Jedynie duchowny może piastować urząd kościelny w ścisłym znaczeniu oraz otrzymać jurysdykcję (kan. 118, 145, 1409); H. Rybczyński, *Duchowny*, [w:] R. Łukaszyk, L. Bieńkowski, F. Gryglewicz (red.), *Encyklopedia Katolicka*, T. IV, Lublin 1983, s. 309.

³¹ A. Mezglewski, *op. cit.*, s. 4.

Drugi stopień analiz zakłada odniesienie pojęcia duchownego do koncepcji organu administracji kościelnej. W nauce kościelnego prawa administracyjnego „(...) konkretna osoba fizyczna nabywa w Kościele pozycję organu władzy administracyjnej z racji objęcia określonego urzędu kościelnego, z którym związany jest określony zakres kompetencji”³². W takim też znaczeniu organem administracji kościelnej jest duchowny wskazany w pkt 1 obwieszczenia MSWiA, który posiada jurysdykcję do asystowania przy zawieraniu małżeństwa na mocy zajmowanego stanowiska (urzędu): ordynariusza miejsca, proboszcza, administratora parafii lub wikariusza parafii³³. Jedynie duchowny pełniący funkcję zastępcy proboszcza nie jest organem kościelnej władzy administracyjnej.

Wymienione organy administracji kościelnej zachowują identyczny status na gruncie krajowego porządku prawnego. Jest to konsekwencją uznania przez Państwo osobowości prawnej Kościoła katolickiego, a także wszystkich kościelnych jednostek organizacyjnych terytorialnych i personalnych posiadających osobowość kanonicznoprawną. Ponieważ osoby prawne, a do takich należy Kościół i jego instytucje, działają przez swoje organy w sposób przewidziany w prawie polskim, to tym samym nastąpiło uznanie organów kościelnych osób prawnych. Formalnoprawne uznanie osobowości prawnej Kościoła w Polsce zostało uregulowane w dwóch aktach prawnych. Ujmując rzecz chronologicznie najpierw w ustawie o stosunku Państwa do Kościoła w art. 5-14 ustawodawca wyliczył taksatywnie kościelne osoby prawne i organy je reprezentujące oraz unormował sposoby uznania osobowości prawnej przez te podmioty³⁴. Następnie w 1998 r., tj. z chwilą wejścia w życie Konkordatu, państwo polskie *explicite* uznało osobowość prawną Kościoła w Polsce jako całości oraz wszystkich jego instytucji kościelnych posiadających osobowość kanoniczną³⁵.

³² J. Krukowski, *Administracja w Kościele. Zarys kościelnego prawa administracyjnego*, Lublin 1985, s. 61-62.

³³ Wikariuszom parafialnym powszechnie prawo kanoniczne nie przyznaje władzy zwyczajnej do asystowania przy zawieraniu małżeństw. Mogą oni jednak taką władzę posiadać na mocy prawa partykularnego. Zob. A. Mezglewski, *op. cit.*, s. 8; W. Góralski, *Kościelne prawo małżeńskie*, Płock 1987, s. 79.

³⁴ J. Krukowski, *Kościół i Państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000, s. 263-264.

³⁵ Ustawodawca w art. 4 ust. 1 Konkordatu uznał osobowość prawną całego Kościoła Katolickiego w Polsce, co stanowi pewne *novum* w odniesieniu do ustawy o stosunku Państwa do Kościoła. Uznanie osobowości prawnej terytorialnych i personalnych instytucji kościelnych, posiadających osobowość kanoniczną oraz nabycie osobowości prawnej na podstawie prawa polskiego przez inne instytucje kościelne, o których mowa w art. 4 ust. 2 i 3 Konkordatu jest potwierdzeniem sposobów nabycia osobowości organizacji kościelnych unormowanych w art. 5-14 oraz w art. 35 i 38 powołanej ustawy. Zob. szerzej na ten temat J. Krukowski, *Konkordat polski - znaczenie i realizacja*, Lublin 1999 s. 99-106; *idem*, *Kościół i Państwo...*, s. 263-264; H. Misztal, *Osobowość prawna kościołów i innych związków wyznaniowych*, [w:] H. Misztal (red.), *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2000, s. 309-312.

W doktrynie kościelnego prawa administracyjnego monokratyczne organy występujące na szczeblu Kościoła lokalnego, a takim jest Kościół w Polsce, dzielone są na organy podstawowe i pomocnicze³⁶. Organami podstawowymi są: metropolita, arcybiskup i administrator archidiecezji, biskup i administrator diecezji terytorialnej i personalnej (np. biskup polowy), proboszcz i administrator parafii terytorialnej i personalnej (np. kapelan wojskowy). Pozostałe organy, tj. wikariusz generalny i biskupi oraz wikariusz parafialny, stanowią grupę organów pomocniczych. Organów podstawowych charakteryzują się tym, że ich władza wykonawcza jest władzą zwyczajną (wynikającą z powierzonego urzędu), własną (sprawowaną we własnym imieniu) i bezpośrednią (wykonywaną wobec wszystkich wiernych w diecezji, okręgu kościelnym lub parafii). Natomiast władza organów pomocniczych, mimo że przysługuje na mocy powierzonego urzędu, jest władzą zastępczą sprawowaną w imieniu biskupa diecezjalnego lub proboszcza³⁷.

Z porównania przepisów zamieszczonych w art. 7-8 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła z pkt 1 obwieszczenia MSWiA oraz norm prawa kanonicznego wynika dychoomiczny podział organów kościelnych osób prawnych, które zostały przez prawodawcę polskiego uprawnione do wykonywania *sui generis* czynności związanych z zawieraniem małżeństwa „konkordatowego”.

Do pierwszej grupy należy zaliczyć organy reprezentujące parafię³⁸:

1. organy podstawowe:

a) proboszcza,

b) administratora (zarządza parafią wakującą tymczasowo lub gdy proboszcz nie może sprawować swojego urzędu i ma te same obowiązki co proboszcz),

2. organy pomocnicze:

a) wikariusza (zastępuje proboszcza w przypadku zawakowania parafii, gdy nie nastąpiło mianowanie administratora parafii).

Drugą grupę stanowią organy, na których oznaczenie przyjęty został termin zbiorczy „ordynariusz miejsca”. W praktyce pojęcie to najczęściej odnosi się do biskupa diecezjalnego, który jest organem kościelnej osoby prawnej o zasięgu terytorialnym – diecezji. Biorąc pod uwagę aktualną strukturę terytorialno-hierarchiczną Kościoła w Polsce³⁹ oraz przepis art. 7 ust. 4 ustawy o stosunku Państwa do Kościoła można stwierdzić, że pod pojęciem „ordynariusza miejsca” upoważnionego przez przepisy prawa polskiego

³⁶ Zob. J. Krukowski, *Administracja w Kościele...*, s. 61, 82 i n.

³⁷ *Ibidem*, s. 85-86 i n.

³⁸ Zob. kan. 530, 535, 540-541, 549 oraz 1079 i 1109 KPK.

³⁹ Zob. *Nowa organizacja kościelna w Polsce*, L'Osservatore Romano 1992, nr 3-4, s. 68 i n. [wyd. polskie].

do przyjęcia oświadczeń o zawarciu małżeństwa „konkordatowego” należy rozumieć następujące kategorie organów:

1) organy podstawowe:

a) arcybiskupa archidiecezji,

b) biskupa diecezjalnego⁴⁰,

c) administratora diecezji (archidiecezji), który zarządza i reprezentuje tymczasowo wakującą diecezję,

2) organy pomocnicze:

a) wikariusza generalnego,

b) wikariusza biskupiego.

Ostatni, trzeci stopień rozważań podmiotowych, to uzasadnienie tezy o umiejscowieniu uprawnionego duchownego w kategorii pojęciowej „podmiotu administrującego” – pełniącego funkcję publicznoprawną przy zawieraniu małżeństwa „konkordatowego”. Na płaszczyźnie ogólnoteoretycznych zagadnień traktujących o prawnej organizacji administracji publicznej zamiennie używa się pojęć: „podmiot administrujący” i „organ administrujący”⁴¹. Należy sądzić, że stosowanie każdego z tych terminów jest uprawnione w takim samym stopniu, zważywszy na fakt, że wszelkie podmioty administrujące wyposażone w kompetencje w zakresie prawa administracyjnego, tak jak i organy administracyjne, muszą je uzyskać na mocy aktu normatywnego rangi ustawy. Podmioty administrujące można uporządkować w obrębie trzech grup, które tworzą szeroko rozumianą strukturę organizacyjną administracji publicznej w ujęciu funkcjonalnym. Pierwszą grupę stanowią organy administracji rządowej (państwowej), drugą – organy samorządu: terytorialnego, zawodowego, gospodarczego oraz podmioty i instytucje wyodrębnione o substrat osobowy (np. regionalne izby obrachunkowe) i substrat kapitałowy (np. przedsiębiorstwa użyteczności publicznej). Trzecią grupę tworzą podmioty (organy) wykonujące zadania i funkcje zlecone z zakresu administracji publicznej⁴². Kryterium funkcjonalne (wykonywanie administracji publicznej) uzasadnia zaklasyfikowanie do ostatniej grupy podmiotów administrujących również organy administracji

⁴⁰ Przepis kodeksu prawa kanonicznego biskupami diecezjalnymi nazywa tych, którym została powierzona diecezja, a pozostałych biskupami tytularnymi (kan. 376 KPK).

⁴¹ Termin „organ administrujący” stosują m.in. J. Szreniawski, *Wprowadzenie do nauki prawa administracyjnego*, Lublin 1996, s. 48; J. Boć, *Organizacja prawna administracji*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited 2002, s. 135. Natomiast terminu „podmiot administrujący” używa np. J. Łętowski, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 66; R. Michalska-Badziak, *Podmioty administrujące*, [w:] M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2000, s. 183.

⁴² Zob. H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1999, s. 102 i n.

kościelnej ustawowo upoważnione do współuczestniczenia w procedurze zawierania małżeństwa „konkordatowego”, które w tym zakresie wykonują zadania powierzone ze sfery administracji publicznej.

Do 1998 r. w polskim porządku prawnym obowiązywał spójny dychotomiczny system organów administracji stanu cywilnego właściwy do realizowania m.in. jednego z istotnych dla państwa i obywateli zadań należących do administracji publicznej, a mianowicie zawierania małżeństw. Kompetencję do przyjmowania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński ustawodawca przyznał dwóm organom: kierownikowi u.s.c. będącemu jednocześnie jedynym organem rejestrującym stan cywilny i konsulowi polskiemu za granicą lub osobie wyznaczonej do pełnienia funkcji konsula⁴³. Z chwilą wejścia w życie instytucji zawierania małżeństwa „konkordatowego” do struktury organizacyjnej administracji stanu cywilnego wprowadzono nowy typ podmiotu administrującego, tzw. uprawnionego duchownego.

Duchowny katolicki podejmując czynności związane z aktem zawarcia małżeństwa wykonuje ten fragment zadań publicznych, które należą do kierownika u.s.c., przez co staje się w tym zakresie organem administracji publicznej w ujęciu funkcjonalnym⁴⁴. Na ocenę, czy uprawniony duchowny pełni funkcję kierownika u.s.c. wpływa konstrukcja prawna zawarcia małżeństwa wyznaniowego uregulowana w art. 1 § 2 k.r.o. Przyjęto jako zasadę zawarcie dwóch małżeństw: wyznaniowego (kanonicznego) i świeckiego w formie wyznaniowej, w tym kanonicznej, tj. w obecności uprawnionego duchownego. Ujęcie takie implikuje podwójną rolę duchownego: podmiotu prywatnego, kiedy przyjmuje w imieniu Kościoła oświadczenia o zawarciu małżeństwa kanonicznego, które nie wywołują żadnych skutków prawnych *pro foro externo* i podmiotu publicznego na prawach kierownika u.s.c., kiedy przyjmuje oświadczenia o zawarciu małżeństwa podlegającego prawu polskiemu i podejmuje dalsze czynności w celu doprowadzenia do zarejestrowania tego zdarzenia przez kierownika u.s.c.

⁴³ Zob. art. 7 i 26 pkt 1 ustawy z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jednolity: Dz. U. z 2002 r., Nr 215, poz. 1823 ze zm.).

⁴⁴ Funkcjonalne podobieństwo roli i obowiązków duchownego do roli kierownika u.s.c. przy zawieraniu małżeństwa dostrzega także T. Smoczyński w publikacji *Odpowiedzialność odszkodowawcza duchownego z powodu naruszenia prawa przy zawieraniu małżeństwa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny 2002, z. 2, s. 170. Autor jednak uważa, że duchowny nie pełni funkcji urzędnika stanu cywilnego. Podobnie A. Mączyński, *Znaczenie prawne aktu małżeństwa w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa o aktach stanu cywilnego*, [w:] M. Pazdan (red.), *Valeat aequitas. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach 2000, nr 1905, s. 303.

Nietypowy przedmiot i zakres prywatyzacji

Szukając uzasadnienia dla postawionej w tytule szkicu tezy, należy także podjąć próbę dookreślenia charakteru zadań, które zostały przekazane do wykonania podmiotowi niepublicznemu – Kościołowi katolickiemu⁴⁵. Zadania z zakresu rejestracji stanu cywilnego są zadaniami należącymi do administracji rządowej, a wskutek zmian ustrojowymi (1990 r.) znalazły się w gestii samorządu terytorialnego. Do właściwości organów gminy przeszły jako zadania zlecone czynności wykonywane przez kierownika u.s.c. na podstawie art. 3 pkt 5 i 19 ustawy kompetencyjnej⁴⁶. W rezultacie zadania i kompetencje z zakresu spraw rejestracji stanu cywilnego, a także przyjmowanie oświadczeń enumeratywnie wyliczonych w art. 3 pkt 5 ustawy kompetencyjnej, w tym o wstąpieniu w związek małżeński, wykonywane są przez wójta, burmistrza lub prezydenta oraz przez odrębnego kierownika u.s.c., o ile taki został powołany. Zgodnie z art. 39 wspomnianej ustawy kierownikiem u.s.c. *ex lege* został wójt, burmistrz lub prezydent (pkt 2), a urzędy stanu cywilnego weszły w skład urzędu gminy (pkt 1). Taki stan rzeczy trwał przez osiem lat do momentu wejścia w życie nowego sposobu zawierania małżeństwa. Ustawa nowelizująca dostosowując przepisy k.r.o. i p.a.s.c. do postanowień Konkordatu upoważniła m.in. duchownego katolickiego do podejmowania szeregu czynności związanych z zawieraniem małżeństwa. Należy sądzić, że w tym zakresie występuje *sui generis* zjawisko prywatyzacji wykonywania zadań administracyjnych. Prawodawca mocą ustawy nowelizującej powierzył Kościołowi katolickiemu (podmiotowi prywatnemu) reprezentowanemu przez jego organy wykonywanie zadań świadczących z zakresu rejestracji stanu cywilnego należących do administracji rządowej.

Aspekt przedmiotowy prywatyzacji instytucji zawierania małżeństwa „konkordatowego” wymaga przedstawienia kompetencji i norm kompetencyjnych uprawniających duchownego do wykonywania owego zadania publicznego. Uproszczoną analizę tego problemu dogmatycznoprawnego wypada rozpocząć od przypomnienia definicji dwóch pojęć heurystycznych: „kompetencji” i „normy kompetencyjnej”. W literaturze administracyjnoprawnej pod pojęciem kompetencji rozumie się zbiór uprawnień i obowiązków⁴⁷.

⁴⁵ Szerzej na temat Kościoła katolickiego jako podmiotu niepublicznego zob. A. Szadok-Bratuń, *Kościół Katolicki w sferze działania administracji publicznej*, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 2502, Przegląd Prawa i Administracji LIV, Wrocław 2003.

⁴⁶ Ustawa z dnia 17 maja 1990 r. o podziale zadań i kompetencji określonych w ustawach szczególnych pomiędzy organy gminy a organy administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. Nr 34, poz. 198 ze zm.).

⁴⁷ Więcej na temat sposobów definiowania terminu „kompetencja” zob. M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Zakamycze 2004, s. 36 i n.; M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego*, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 1999, s. 119; J. Boć, *Pojęcie kompetencji*,

Natomiast normy kompetencyjne (materialnoprawne i ustrojowe) ustalają prawa i obowiązki administracji w procesie wykonywania jej zadań. „Między normami określającymi zadania a normami kompetencyjnym zachodzi więc taka relacja, jak między celem a środkiem służącym realizacji tego celu”⁴⁸. Zatem kompetencje duchownego to zbiór uprawnień określony przepisami prawa polskiego dotyczący spraw związanych z zawarciem małżeństwa „konkordatowego”, w których organ ten ma nie tylko prawo, ale i obowiązek działania w formach ustanowionych normami kompetencyjnymi. Zbiór kompetencji duchownego można przedstawić jako określony ciąg działań wynikających z przepisów materialnoprawnych p.a.s.c. oraz k.r.o., w ramach którego można wyodrębnić dwa etapy.

Etap pierwszy to podjęcie przez duchownego czynności faktycznej o charakterze informacyjnym, której celem jest pouczenie nupturientów o treści przepisów prawa polskiego dotyczących zawarcia małżeństwa i jego skutków (art. 62a p.a.s.c.).

Etap drugi obejmuje fazę podjęcia przez duchownego trzech kategorii czynności współkonstytuujących akt zawarcia małżeństwa w formie kanonicznej:

1. przyjęcie oświadczeń woli jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu (art. 8 § 1 k.r.o.),
2. sporządzenie zaświadczenia stwierdzającego złożenie oświadczeń przewidzianych w art. 1 § 2 k.r.o. przy jednoczesnym zawarciu małżeństwa kanonicznego (art. 8 § 2 k.r.o.),
3. przekazanie owego zaświadczenia przez duchownego do właściwego miejscowo u.s.c. w terminie ustawowym (art. 8 § 3 k.r.o.).

Nieco inaczej wygląda zbiór kompetencji duchownego w sytuacji zawierania małżeństwa „konkordatowego” w tzw. trybie uproszczonym, o którym mowa w art. 9 § 2 k.r.o. Z punktu widzenia uprawnień (obowiązków) duchownego trudno uznać sposób zawarcia małżeństwa w wypadku niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio życiu jednej ze stron za tryb uproszczony. Taka ocena unormowania zawartego w przywołanym przepisie świadczy jedynie o tym, że ustawodawca, łagodząc obowiązki nupturientów (zwolnienie od czynności przygotowawczych do zawarcia małżeństwa), nie złagodził merytorycznych wymagań co do istoty powstania węzła małżeńskiego.

Systematyzację kompetencji duchownego można przeprowadzić ze względu na treść przepisu art. 9 § 2, wyodrębniając dwie kategorie:

1. kompetencje wynikające bezpośrednio z art. 9 § 2 k.r.o.:

[w:] J. Boć (red.), *Prawo...*, s. 134-135. Por. także Z. Ziemiński, *O zawilosciach związanych z pojmowaniem kompetencji*, Państwo i Prawo 1991, z. 4, s. 14-24.

⁴⁸ M. Miemieć, *Klasyfikacja norm ustrojowoprawnych administracji państwowej*, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 857, Prawo CXLIII, Wrocław 1985, s. 215.

- a) przyjęcie zapewnień,
 - b) przyjęcie dodatkowych oświadczeń woli jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu,
 - c) sporządzenie zaświadczenia stwierdzającego zawarcie małżeństwa,
 - d) zawiadomienie kierownika u.s.c. o zawarciu małżeństwa.
2. kompetencje wynikające pośrednio z art. 9 § 2 k.r.o.:
- a) odmowa przyjęcia dodatkowych oświadczeń woli jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu.
 - b) przyjęcie oświadczeń o nazwiskach,
 - c) przekazanie kierownikowi u.s.c. danych osobowych małżonków.

Z przedstawionej systematyki wynika, że istotna część obowiązków duchownego pokrywa się z obowiązkami występującymi w przypadku zawierania małżeństwa „konkordatowego” w trybie zwykłym uregulowanym w art. 1 § 2 i 3 k.r.o.

W świetle wcześniejszych ustaleń uprawniona jest następująca konkluzja. Instytucja zawierania małżeństwa „konkordatowego” jest przykładem nietypowej prywatyzacji wykonywania zadań publicznych państwa przez uprawnione organy administracji kościelnej. Zawarcie małżeństwa cywilnego w formie kanonicznej wobec proboszcza (co do zasady) nie zmienia charakteru tego zadania z publicznego na prywatny. Zmienia się jedynie sposób jego wykonania, miejsce bowiem dotychczasowego podmiotu publicznego – kierownika u.s.c. zajmuje podmiot niepubliczny – uprawniony duchowny.

Organom administracji kościelnej nie powierzono wszystkich kompetencji kierownika u.s.c. z zakresu zawarcia małżeństwa, ale tylko ich wyodrębnioną część. Mówiąc inaczej, zadaniu podstawowemu polegającemu na zawarciu małżeństwa „konkordatowego” podporządkowane zostały subzadania (kompetencje): poinformowanie o treści podstawowych przepisów prawa polskiego, przyjęcie zaświadczenia kierownika u.s.c., przyjęcie dodatkowych oświadczeń woli stron, sporządzenie zaświadczenia przez duchownego, przekazanie tego dokumentu do właściwego u.s.c., przyjęcie zapewnień w sytuacji *in articulo mortis*. Zauważyć wypada, że kompetencje te są wzajemnie powiązane i tworzą pewien ciąg czynności faktycznych i konwencjonalnych (prawnych) funkcjonalnie uwarunkowanych. W ten sposób uprawniony duchowny został włączony do trój etapowego procesu administrowania, z jakim mamy do czynienia w trakcie zawierania małżeństwa „konkordatowego”. Etap samego zawarcia małżeństwa administrowany w praktyce przez proboszcza umiejscowiony jest pomiędzy etapem poprzedzającym zawarcie małżeństwa a etapem jego zarejestrowania. Oba etapy: przygotowawczy i kończący procedurę zawierania małżeństwa w formie kanonicznej, administrowane są przez kierownika u.s.c. W wyniku takiej konstrukcji sprywatyzowany fragment „obudowany” został kontrolą uprzednią i następczą kierownika u.s.c.

Należy sądzić, że nałożenie na duchownego kompetencji kierownika u.s.c. z zakresu spraw dotyczących zawarcia małżeństwa jest przykładem atypowej prywatyzacji wykonywania zadań publicznych. Jej atypowość polega na tym, że państwo nie wycofało się z dziedziny życia społecznego, jaką jest zawarcie małżeństwa, ale tylko ograniczyło swoją aktywność na tym polu. Rezygnując z monopolu, jaki posiadało w tej dziedzinie, państwo realizuje jeden z wymiarów konstytucyjnej zasady wolności sumienia i wyznania, gwarantując obywatelom prawo wyboru sposobu zawarcia małżeństwa świeckiego w formie cywilnej, tj. przed kierownikiem u.s.c. lub kanonicznej (wyznaniowej), tj. w obecności uprawnionego duchownego. Tak więc organy administracji kościelnej prowadzą równoległą działalność w tej samej dziedzinie stosunków społecznych co organy administracji publicznej. Obszar tej działalności traktowany jest jako wspólny obszar zainteresowania państwa i Kościoła. Jeszcze do niedawna sfera zawarcia związku małżeńskiego była *de facto* i *de iure* przedmiotem wyłącznej działalności państwa. Obecnie stała się obszarem „współdomeny” podmiotu publicznego – organu administracji państwowej i podmiotu niepublicznego – organu administracji kościelnej. Wykonywanie wspomnianego zadania z zakresu rejestracji stanu cywilnego przez uprawnionego duchownego nie odbywa się „zamiast”, ale „oprócz i obok” działalności kierownika u.s.c.⁴⁹

Ustrojodawca zdemonopolizował instytucję zawierania małżeństwa świeckiego, dopuszczając do działania w tym zakresie organy administracji kościelnej. Instrumentem demonopolizacji była ustawa nowelizująca. Stworzyła ona pewien zamknięty zbiór przepisów należących do dwóch gałęzi prawa: rodzinnego i administracyjnego, który umożliwia z jednej strony wykonywanie przez uprawnionego duchownego czynności z zakresu zawarcia małżeństwa, z drugiej zaś gwarantuje sprawowanie kontroli kierownikowi u.s.c. nad sprywatyzowanymi czynnościami duchownego, zwłaszcza nad prawidłowością sporządzenia zaświadczenia potwierdzającego zawarcie małżeństwa w formie kanonicznej.

Uwagi końcowe

Podsumowując przeprowadzone rozważania, warto je zamknąć swoistą klamrą składającą się z czterech wniosków potwierdzających atypowość prywatyzacji instytucji zawierania małżeństwa „konkordatowego”.

1. Na przestrzeni ostatnich lat decentralizacja zadań z zakresu rejestracji stanu cywilnego wystąpiła dwukrotnie i to na dwóch poziomach o zróżnicowanym zakresie i zasięgu. Poziom pierwszy (1990 r.) to decentralizacja „wewnątrz” administracji publicznej

⁴⁹ Por. S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka...*, s. 55-56.

polegająca na przekazaniu przez państwo właściwym organom gminy zadań i kompetencji z obszaru stanu cywilnego. Poziom drugi (1998 r.) to decentralizacja kompetencji (zadań) z sfery spraw małżeńskich na „zewnątrz” administracji publicznej, czyli na organ osoby prawnej Kościoła katolickiego. Prywatyzacja ta objęła swoim zakresem przedmiotowym wyłącznie pewien wycinek spraw dotyczących zawierania małżeństwa i to wyłącznie w formie kanonicznej, szerzej wyznaniowej. Zmiana sposobu wykonywania wspomnianych zadań należących do państwa uosobianego przez administrację państwową nie zmieniła ich charakteru publicznoprawnego. Odpowiedzialność za całościowe wykonanie tego zadania ponosi państwo⁵⁰. Kompetencje wykonywane przez uprawnionego duchownego, w szczególności przyjęcie dodatkowych oświadczeń woli o zawarciu małżeństwa podlegającego prawu polskiemu, mają walor czynności spełnianych w imieniu państwa. Wywierają bowiem skutki na płaszczyźnie prawa publicznego, a zaświadczenie duchownego potwierdzające zawarcie małżeństwa ma charakter dokumentu urzędowego (publicznego). Natomiast przyjmując oświadczenia o zawarciu małżeństwa kanonicznego, uprawniony duchowny podejmuje czynności w imieniu Kościoła, które wywołują skutek wyłącznie na płaszczyźnie prawa kanonicznego. W istocie państwo przekazało Kościołowi część własnych zadań publicznych z zakresu zawarcia związku małżeńskiego, powierzając organom kościelnych osób prawnych: ordynariuszowi miejscy na szczeblu diecezji i proboszczowi na szczeblu parafii wykonywanie funkcji kierownika u.s.c. w tej materii⁵¹. Ujmując rzecz lapidarnie, uprawniony duchowny obok funkcji ściśle religijnej („udzielenie” ślubu kościelnego) wykonuje również funkcję administracyjnopubliczną („udzielenie” ślubu cywilnego). Jest podmiotem administrującym powołanym do współwykonywania powierzonego mu ustawowo zadania.

2. Powstaje pytanie, czy termin „prywatyzacja” w odniesieniu do omawianej instytucji jest adekwatny? W literaturze przedmiotu wykonywanie zadań publicznych przez organizacje społeczne, stowarzyszenie, związki wyznaniowe, w tym Kościół katolicki, określane jest jako „odpublicznienie”, „odpaństwowienie” czy też „uspołecznianie” zadań państwa. Przyjmując argumentację za S. Biernatem⁵² uważam, że przeprowadzanie linii demarkacyjnej między wymienionymi kategoriami pojęciowymi jest zbyt trudne przy analizie zjawisk prywatyzacji zadań publicznych. I mimo iż konotacja tego pojęcia

⁵⁰ Nie wyklucza to odpowiedzialności kościelnej osoby prawnej, w której imieniu działał jej organ, co do zasady, proboszcz w imieniu parafii na mocy przepisów prawa cywilnego, tj. art. 417 k.c. Zob. T. Smyczyński, *op. cit.*

⁵¹ Zob. A. Szadok-Bratuń, *Administracja publiczna prowadzona przez Kościół Katolicki*, [w:] A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja publiczna*, Wrocław 2003, s. 78; M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1999, s. 244. Por. także Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*, wyd. 6, Warszawa 2003, s. 70.

⁵² S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych (Zarys problematyki)*..., s. 6.

odnosi się do zróżnicowanej grupy rozwiązań prawnych, to mówiąc o prywatyzacji, mamy na uwadze taki typ zjawisk, w których prawo publiczne ustępuje miejsca prawu prywatnemu w aspekcie podmiotowym i/lub przedmiotowym. Dlatego też należy przyjąć założenie o możliwości stosowania terminu „prywatyzacja” w odniesieniu do przedmiotu analiz z zaznaczeniem jego atypowości.

3. O atypowości prywatyzacji omawianej instytucji świadczy jej dwuaspektowy charakter. Jeśli spojrzymy na zawarcia małżeństwa „konkordatowego” z perspektywy trój etapowej procedury: 1) etap uprzedni – stwierdzenie przez kierownika u.s.c. zdolność do zawarcia małżeństwa, 2) etap zasadniczy – zawarcie małżeństwa przed uprawnionym duchownym, 3) etap następczy – rejestracja przez kierownika u.s.c. zawartego małżeństwa; to wyraźnie widać sprywatyzowany fragment zadania publicznego. Ta atypowość w pierwszym aspekcie polega na współwykonywaniu (współdomenie) powierzonego zadania organom administracji państwowej i kościelnej. W drugim natomiast – na równoległym wykonywaniu zadania publicznego, jakim jest możliwość zawarcia małżeństwa cywilnego przed kierownikiem u.s.c. albo przed uprawnionym duchownym. Innymi słowy, na prywatyzacji *ad hoc*, powstającej każdorazowo z chwilą wyboru kanonicznej formy zawarcia małżeństwa cywilnego.

4. Z jednej strony instytucja zawierania małżeństwa „konkordatowego” dołączyła do niewielkiego katalogu przykładów prywatyzacji zadań publicznych dokonywanych z mocy samego prawa⁵³. Twórcy Konkordatu, wprowadzając do polskiego porządku prawnego nową formę zawarcia małżeństwa, uczynili to w sposób deklaracyjny. Ustawodawca postanowieniem art. 10 ust. 6 Konkordatu, przepisem *non self executing*, został zobowiązany do uchwalenia stosownych zmian w polskim porządku prawno-administracyjnym w celu wprowadzenia do niego trybu zawierania małżeństwa cywilnego w formie kanonicznej. Uczynił to ustawą nowelizującą, która objęła swoim zasięgiem pakiet aktów prawnych, począwszy od prawa rodzinnego przez prawo administracyjne, a kończąc na cywilnym prawie procesowym.

Z drugiej strony – powiększyła obszar zadań administracji świadczącej, zapewniając obywatelowi, na zasadach powszechnej dostępności, wybór formy zawarcia małżeństwa. Państwo świadczące to państwo respektujące przekonania swoich obywateli również w sferze pojmowania małżeństwa jako instytucji świeckiej i kościelnej. Dlatego też stwarza m.in. warunki prawne, gwarantujące wolność jednostki w zakresie wyboru ro-

⁵³ Klasycznymi przykładami prywatyzacji *ex lege* są: prywatyzacja notariatu przeprowadzona w 1991 r. na mocy ustawy wprowadzającej – Prawo o notariacie i prywatyzacja organizacyjna (funkcjonalna) polegająca na przekształceniu państwowego przedsiębiorstwa *Polskiej Poczty, Telegrafu i Telefonu* w spółkę akcyjną Skarbu Państwa *Telekomunikacja Polska SA* dokonana w 1991 r. na podstawie ustawy o łączności.

dzaju małżeństwa: kościelnego bądź świeckiego, a w ramach tego ostatniego wolność wyboru formy jego zawarcia: kanonicznej (wyznaniowej) bądź cywilnej.

Posługując się wypracowanymi przez doktrynę prawa administracyjnego pojęciami związanymi z problematyką prywatyzacji *in genere* i odnosząc je do instytucji zawarcia małżeństwa „konkordatowego”, można powiedzieć, że jest to prywatyzacja: zewnętrzna, funkcjonalna, częściowa, zadaniowa, prywatyzacja *sensu largo* i *ad hoc*.