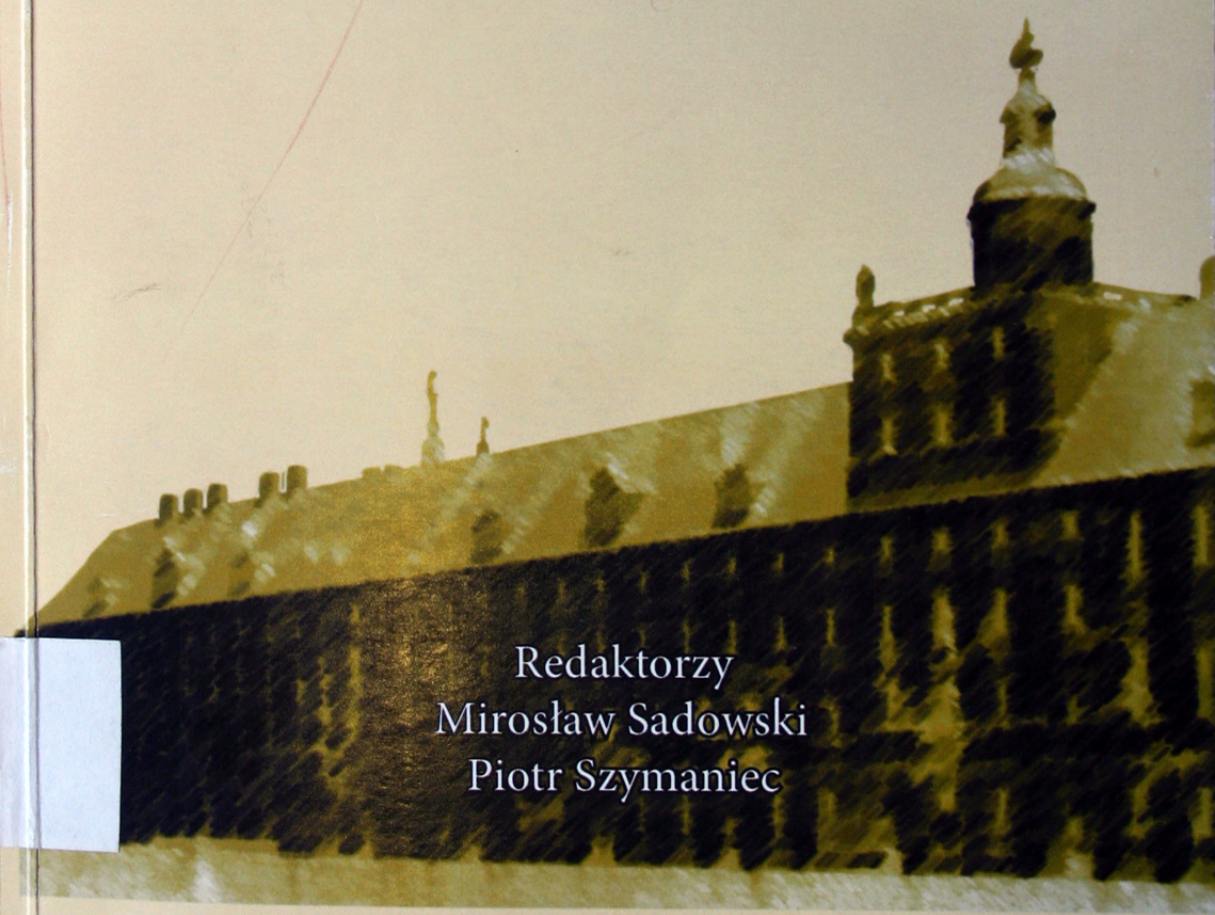


ACTA ERASMIANA

Prace z zakresu integracji
europejskiej oraz nauk penalnych



Redaktorzy
Mirosław Sadowski
Piotr Szymaniec

WROCLAW 2011

**PRACE Z ZAKRESU
INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ
ORAZ NAUK PENALNYCH**

ACTA ERASMIANA

**Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego**

PRACE Z ZAKRESU INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ ORAZ NAUK PENALNYCH

**Redaktorzy:
Mirośław Sadowski
Piotr Szymaniec**

Wrocław 2011

Redakcja naukowa całości:
Dr hab. Mirosław Sadowski
Piotr Szymaniec

Redakcja części I:
Dr hab. Mirosław Sadowski
Piotr Szymaniec

Redakcja części II:
Prof. UWr dr hab. Maciej Szostak
Izabela Dembowska

Recenzenci:
Prof. nadzw. dr hab. Jerzy Konieczny
Prof. UWr dr hab. Maciej Marszał

Opracowanie redakcyjne i korekta:
Paweł Klint
Piotr Szymaniec

Projekt okładki:
Rcy g€Y q pŁcm

Przygotowanie do druku:
Stanisław Rękar

© Copyright by Katedra Doktryn Politycznych i Prawnych WPAiE UWr,
Koło Naukowe Doktryn Politycznych i Prawnych Wydziału Prawa & Authors
Wrocław 2011

ISBN 978-83-933222-0-6

Publikacja sfinansowana ze środków Działu Młodzieżowego
Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydziału Prawa, Administracji
i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, a także sponsorów prywatnych

Spis treści

Wprowadzenie (Mirosław Sadowski i Piotr Szymaniec)	8
Część I	
INTEGRACJA EUROPEJSKA	11
PIOTR SZYMANIEC	
Integracja oraz dezintegracja państw Europy w wybranych doktrynach polityczno-prawnych i ekonomicznych II połowy XVIII stulecia	13
KLAUDYNA BIAŁAS-ZIELIŃSKA	
Zjednoczona Europa w myśli Konrada Adenauera, Roberta Schumana oraz Alcide de Gasperiego. Zarys problematyki	35
JAGODA SZPAK	
Kontrowersje wokół zagadnienia „legal transplants”	53
BARTOSZ GRECZNER	
Precedens jako przykład konwergencji kultur prawnych w obszarze prawa Unii Europejskiej	72
ALEKSANDRA NOWICKA	
Znaczenie Agencji Praw Podstawowych w kształtowaniu systemu ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej	92
JAKUB KOCIUBIŃSKI	
Zakaz dyskryminacji ze względu na wyznanie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	114
WIKTOR CZABAJ	
Problem dyskryminacji mniejszości seksualnych w stosunkach rodzinnych w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	131

Część II	
PRACE KARNISTYCZNE	149
Słowo wstępne (Maciej Szostak)	150
ALICJA OLSZAR	
Kierunki rozwoju współczesnego procesu karnego	151
ANNA ZALESIŃSKA	
Ochrona sfery życia prywatnego w przestrzeni informatycznej.	170
JOANNA BRZEZIŃSKA	
La peine criminelle, sa spécification et sa dimension dans le droit pénal français.	187
MARTYNA PIESZCZEK, RAFAŁ CITOWICZ	
Osoba pełniąca funkcję publiczną jako podmiot przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu	200
IRMINA BONDARCZUK	
Realizacja praw pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle postulatów sprawiedliwości naprawczej	223
EMILIA MĄDRECKA	
Stosowanie i wykonywanie tymczasowego aresztowania w świetle standardów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – wybrane zagadnienia	237
ALINA ROGOWSKA	
Wolność sumienia i wyznania w świetle przepisów polskiego Kodeksu karnego wykonawczego	256
KAMILA MROZEK	
Przesłanki udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności	266
PIOTR PAŁASZEWSKI	
Wybrane problemy związane ze stosowaniem i wykonywaniem tymczasowego aresztowania	277

KATARZYNA SITNIK	
Odmienności w wykonywaniu kary pozbawienia wolności wobec kobiet w obowiązującym ustawodawstwie polskim	293
MARCIN JAN ZIĘBA	
Rola orzecznictwa Sądu Najwyższego w prawidłowej subsumpcji czynu pod normę prawa karnego materialnego, na tle prawnokarnej ochrony znaków towarowych (art. 305 p.w.p.).....	303
JOANNA SZUFEL	
Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika	321
IZABELA DEMBOWSKA	
Ocena wiarygodności zeznań osób z zaburzeniami osobowości w procesie karnym	334
IZABELA DEMBOWSKA	
Profilowanie kryminalne sprawczyń seryjnych zabójstw	357

Wprowadzenie

Z ogromną przyjemnością chcielibyśmy zaprezentować Państwu nową serię wydawniczą firmowaną przez Katedrę Doktryn Politycznych i Prawnych oraz Koło Naukowe Doktryn Politycznych i Prawnych wrocławskiego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii..Tak jak inne serie, które wychodzą pod egidą Katedry i Koła Naukowego – również ta przyjmuje za patrona odrodzeniowego humanistę, Erazma z Rotterdamu (1469–1536). Sądzymy bowiem, że autor Pochwały głupoty swoją intelektualną odwagą, bezkompromisowością sądów, ale też dążeniem do prawdy podczas dyskusji naukowych oraz zdrowym rozsądkiem, może stanowić wzór dla dzisiejszych badaczy. W nowej serii publikować będziemy materiały będące plonem różnych konferencji naukowych, jak też prace doktorantów i młodych pracowników nauki z naszego Wydziału oraz z zaprzyjaźnionych ośrodków w kraju.

Pierwszy tom, który niniejszym polecamy Państwa uwadze, składa się z dwóch części. Pierwsza z nich inspirowana jest obradami Ogólnopolskiego Sympozjum Naukowego „Tendencje integracyjne i dezintegracyjne we współczesnym świecie”, które odbyło się – z inicjatywy i dzięki wysiłkom czterech Katedr naszego Wydziału: Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Katedry Prawa Konstytucyjnego, Katedry Doktryn Politycznych i Prawnych oraz Katedry Teorii i Filozofii Prawa – w Kudowie-Zdroju w dniach 28–29 października 2010 r. Część ta dotyczy zagadnień integracji europejskiej, którą wszak rozumiemy szeroko – nie tylko jako problemy związane z funkcjonowaniem i dalszym rozwojem Unii Europejskiej, lecz jako wszelkie tendencje integracyjne, jakie występowały i występują w Europie i jakie doprowadziły do powstania porządków prawnych Wspólnot Europejskich oraz Unii Europejskiej, a także Rady Europy. Dwa pierwsze artykuły tej sekcji mają charakter historyczno-teoretyczny. Piotr Szymaniec analizuje zagadnienia integracji i dezintegracji państw Europy w myśli schyłku Oświecenia – epoki, w której z jednej strony występowało silne marzenie o jedności Europy i harmonijnej współpracy państw ją tworzących, z drugiej zaś pojawiły się już partykularyzmy,

jakie doprowadziły do powstania nowoczesnych państw narodowych i silnych nacjonalizmów XIX stulecia, co na długi czas zastopowało tendencje integracyjne. Klaudyna Białas-Zielińska natomiast ukazuje koncepcję zjednoczonej Europy autorstwa Konrada Adenauera, Roberta Schumana oraz Alcide de Gasperiego, ukazując wagę myśli chrześcijańskiej demokracji dla kształtowania się obecnej koncepcji wspólnej Europy i prowokując niejako pytanie, jak daleko od ideałów wyznawanych przez tych polityków odeszliśmy we współczesnej praktyce funkcjonowania instytucji unijnych.

Kolejne dwa teksty podchodzą do zagadnienia integracji państwa z punktu widzenia teorii prawa. Jagoda Szpak przedstawia koncepcję „przeszczepów prawnych” (legal transplants), tzn. przyjmowania do porządku prawnego regulacji powstałych w innym, nieraz bardzo odległym, systemie prawnym. Bartosz Greczner także odnosi się do zagadnienia kultur prawnych, uznając precedens w obszarze prawa Unii Europejskiej za przykład ich konwergencji. Kolejna praca – pióra Aleksandry Nowickiej – dotyczy bardzo aktualnych kwestii, pokazując miejsce Agencji Praw Podstawowych w systemie instytucjonalno-prawnym Unii. Integracji systemów prawnych w ramach Rady Europy poświęcone są dwa artykuły zamykające tę część – mianowicie Jakub Kociubiński omawia zakaz dyskryminacji ze względu na wyznanie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a Wiktor Czabaj zajmuje się dyskryminacją mniejszości seksualnych w stosunkach rodzinnych w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Drugi człon tomu – pod redakcją prof. Macieja Szostaka oraz Izabeli Dembowskiej – stanowią prace z zakresu nauk penalnych. Otwierają go rozważania Alicji Olszar o kierunkach rozwoju współczesnego procesu karnego. Z kolei Anna Zalesińska zajmuje się ochroną sfery życia prywatnego w przestrzeni informatycznej. Joanna Brzezińska przedstawia system kar we francuskim prawie karnym, Rafał Cito-wicz i Martyna Pieszczek pozostają zaś przy zagadnieniach polskiego prawa karnego, dotykając kwestii osoby pełniącej funkcję publiczną jako podmiotu przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu. Irmiona Bondarczuk prezentuje realizację praw pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle idei sprawiedliwości naprawczej, a Emilia Mądrecka odnosi polską regulację tymczasowego aresztowania do standardów

Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tematykę tymczasowego aresztowania porusza także Piotr Pałaszewski. Trzy prace ustosunkowują się do problematyki prawa karnego wykonawczego – Alina Rogowska analizuje jego przepisy odnoszące się do wolności sumienia i wyznania, Kamila Mrozek ukazuje przesłanki warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności, natomiast przedmiotem zainteresowania Katarzyny Sitnik jest wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec kobiet. Marcin Zięba zaś skupia swą uwagę na orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie prawnokarnej ochrony znaku towarowego. Joanna Szufel omawia odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika. Całość wieńczę dwa kryminalistyczne teksty Izabeli Dembowskiej, dzięki czemu również ta trudna dyscyplina nauk penalnych jest reprezentowana w niniejszym zbiorze.

Na zakończenie chcemy bardzo podziękować Panom Profesorom – Maciejowi Marszałowi i Jerzemu Koniecznemu za podjęcie się recenzowania niniejszego tomu, a Panu Doktorowi Pawłowi Klintowi za wielką pomoc w opracowaniu redakcyjnym i korekcie artykułów wchodzących w skład niniejszego tomu.

Pragniemy wyrazić nadzieję, że nowa propozycja wydawnicza zostanie życzliwie przyjęta przez Czytelników i znajdzie kontynuację w następnych tomach.

Mirosław Sadowski i Piotr Szymaniec

Część I

INTEGRACJA EUROPEJSKA

Redakcja:
Mirosław Sadowski
Piotr Szymaniec

Integracja oraz dezintegracja państw Europy w wybranych doktrynach polityczno-prawnych i ekonomicznych II połowy XVIII stulecia

Korzeni idei integracji państw Europy dopatrywać się można w średniowiecznych doktrynach uniwersalistycznej monarchii o kontynentalnym czy wręcz „światowym” zasięgu. Wspomnieć tu wypada program „Europy Karolingów”, projekt Ottona III (983–1002), a także pomysły wielkiego poety, Dantego Alighieri (1265–1321) oraz Pierre’a Dubois (między 1250 a 1260–po 1321). Wraz z rosnącym znaczeniem państw narodowych¹ i rozpadem w XV i XVI wieku obejmującego całą Europę Zachodnią i Środkową jednolitego Kościoła chrześcijańskiego idee uniwersalistyczne odejść musiały na plan dalszy. Dlatego też kolejne propozycje integracyjne koncentrowały się wokół koncepcji związku władców. W tym właśnie kierunku szły zamierzenia husyckiego monarchy czeskiego Jerzego z Podiebradu (panującego w latach 1458–1471)², jak również późniejszy o ponad stulecie Wielki Plan (*Grand Dessein*) – stworzony przez ministra Henryka IV, księcia Maximiliena de Sully – według którego spory między państwami Starego Kontynentu miały być, dzięki istnieniu Rady Generalnej Europy, rozwiązywane przy użyciu środków pokojowych³. Jednakże dopiero wyniszczenie krajów Europy wskutek długotrwałych i krwawych wojen w XVII i w początku XVIII wieku stało się impulsem do nasilenia dyskusji

¹ Symptomy tego zjawiska zauważyć już można w propozycji uniwersalistycznej monarchii światowej Pierre’a Dubois, w której pierwszoplanowa rola przypaść miała królowi Francji.

² Najważniejszą osobą biorącą udział w przygotowaniu projektów króla był jego sekretarz, Antoine Marini.

³ Zob. szerzej: Ł. Machaj, *Za i przeciw Europie. Integracja europejska w polskiej myśli politycznej w latach 1989–2001*, Wrocław 2006, s. 19–29.

o możliwości integracji państw, a tym samym – trwałego pokoju⁴. Jednocześnie powszechne przyjęcie i następnie ewolucja Bodinowskiej idei suwerenności – od suwerenności władców ku suwerenności państw – prowadziła do skryształizowania się koncepcji państwa jako autonomicznego aktora stosunków międzynarodowego, co bez wątpienia stało się czynnikiem dezintegrującym państwa Europy⁵.

W XVIII-wiecznych sporach na temat pokojowej koegzystencji państw niemałe znaczenie miał obszerny traktat opata Charles'a Irénée Castel de Saint-Pierre (1658–1743) *Projet pour rendre la paix perpétuelle* (1713–1716). Pisarz ten perswazją i odpowiednimi przykładami próbował przekonać władców, że pokojowe współistnienie przyniesie ich państwom korzyści. Myśli opata de Saint-Pierre spopularyzował Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) w swym *Extrait du projet de paix perpétuelle de M. l'Abbé de St. Pierre* (1760). Stosunek wszak

⁴ Podkreśla się w literaturze, że wojna w owym czasie była „normalnym stanem europejskiego życia”. Obliczono, iż w całym stuleciu XVII jedynie w ciągu 7 lat nie toczyły się żadne działania wojenne (lata: 1610, 1669–1671, 1680–1682) – A. Gałganek, *Zmiana w globalnym systemie międzynarodowym. Supercykle i wojna hegemoniczna*, Poznań 1992, s. 71. Jakkolwiek uznaje się, w tym okresie – wraz z pokojem westfalskim – rozpoczął się długotrwały proces przekształcania „zbiorowości ludzkiej w społeczność międzynarodową” – T. Łoś-Nowak, *Wstęp do teorii stosunków międzynarodowych*, Poznań 1999, s. 10–11. Coraz poważniejsze rozważania o integracji państwa i pokojowym ich współzyciu można by uznać za świadectwo tego procesu.

⁵ Według Jeana Bodina (1530–1596) suwerenność władzy państwowej, a zwłaszcza władców, to „absolutna i nieustająca władza rzeczypospolitej”, a jej głównym aspektem, mieszczącym w sobie zresztą pozostałe, jest wyłączne uprawnienie prawodawcze („wydawanie ustaw”). Jeden z aspektów suwerenności stanowi również prawo samodzielnego decydowania o wojnie i pokoju. Bodin przyznaje władcy prawo do odstąpienia od powszechnie przyjmowanego „prawa narodów”, „byle nie uczynił nic przeciw prawu Boga”, jednakże przeciwstawia się łamaniu przez władcę umów, które według niego są święte na podstawie prawa boskiego i prawa naturalnego. Dlatego też umowy między dwoma suwerenami w ujęciu Bodina są bezwzględnie wiążące; zob. J. Bodin Andegaweńczyk, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, przekład: R. Bierzanek, Z. Izdebski, J. Wróblewski, Warszawa 1958, s. 11, 24–27, 88–147, 171–224; por. też: Ł. Machaj, *Suwerenność i prawo w myśli Jeana Bodina*, [w:] M. Marszał, J. Przygodzki (red.), *Wybitni prawnicy na przestrzeni wieków*, Wrocław 2006, s. 47–55; Z. Izdebski, *Wstęp. Poglądy Jana Bodinusa na państwo i prawo*, [w:] J. Bodin Andegaweńczyk, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, Warszawa 1958, s. XXXIX–LI.

samego Rousseau do pomysłów opata wydaje się mimo wszystko ambiwalentny.

Z jednej bowiem strony autor *Umowy społecznej* podkreślał, że państwa Europy podlegają temu samemu prawu narodów, łączą je stosunki handlowe, zbliżone zwyczaje i systemy moralności, to samo „prawo narodów”, jedna religia oraz wymiana idei i – jak twierdził pisarz i poeta – literatura. Samo ukształtowanie geograficzne Europy skłania zresztą obywateli różnych państw kontynentu do wzajemnych kontaktów. Istnieje pewna więź między państwami europejskimi, lecz jej niedoskonałość sprawia, że prowadzą one ze sobą wojny, a nawet znajdują się w trwałym stanie wojny. Przeciwdziałanie temu polegać musi na wzmocnieniu owej więzi, czemu służyć miałyby, jak chciał ksiądz de Saint-Pierre, konfederacja lub też liga państw kontynentu (nieobejmująca wszakże Turcji). Celem tej konfederacji byłoby zagwarantowanie równowagi sił – w jakiś sposób już na kontynencie obecnej – oraz wzajemnej zależności i dotychczasowego stanu posiadania mocarstw, które wyrzekałyby się dalszego zwiększania terytorium przez użycie siły. Powstałe spory rozsądzałoby zgromadzenie ambasadorów, mające także pewne kompetencje prawotwórcze. Państwa naruszające zasady pokoju i równowagi sił spotkać mogłyby się z interwencją zbrojną, mającą wymusić przestrzeganie tych zasad. Instytucje konfederacji działałyby dzięki wkładowi pieniężnemu wnoszonemu przez każdego z członków. Kierować nią miałyby na zmianę poszczególne państwa, wchodzące w jej skład. Dzięki takiemu rozwiązaniu suwerenność państw zostałaby zachowana: „jest wielka różnica między zależnością od innych a zależnością od Ciała, którego jest się członkiem i w którym każdy jest przywódcą, gdy przychodzi jego kolej”⁶. Wielu komenta-

⁶ J.J. Rousseaus Auszug aus dem Plane zu einem ewigen Frieden des Herrn Abbé von Saint-Pierre, [w:] W. Kayser, *Rousseau, Kant, Herder über den ewigen Frieden*, Leipzig 1916, s. 17–45; C.W. Hendel, *Jean-Jacques Rousseau. Moralist*, Oxford University Press, London–New York 1934, vol. I, s. 199–214. Trzeba zauważyć, że mechanizm podległości konfederacji i jej prawu jest podobny do mechanizmu podlegania „zwierzchnictwu ludowemu” (*souveraineté*) i „woli powszechnej” (*volonté générale*). Na temat woli powszechnej zob.: A. Peretiatkowicz, *Filozofia społeczna Jana Jakóba Rousseau’a*, Kraków 1914, s. 24–40.

torów twierdzi wobec tego, że Rousseau zgłaszał projekt organizacji międzynarodowej do rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych⁷.

Z drugiej zaś strony wydaje się, że myśliciel z Genewy niezbyt wierzył w możliwość urzeczywistnienia tak nakreślonego planu. Wskazywał, że ponieważ władcy (państwa) pozostają w stosunkach między sobą w anarchicznym stanie natury, równowaga sił jest niezbędna dla zachowania pokoju. Jednakże utrzymanie tej równowagi, zwłaszcza na dłuższy czas, jest niezwykle trudne, władcy bowiem nie wahają się posłużyć wojną, by zrealizować swe partykularne interesy. Dlatego też radził pokojowym nawet państwom bacznie obserwować sąsiadów. Konflikty zbrojne nie wynikają jego zdaniem z konstrukcji natury ludzkiej, która nie zawiera w sobie agresywności, lecz są dziełem cywilizacji – stanowią pochodną rozbudzonych ponad miarę potrzeb i nie-

⁷ Tak: G. Labuda, *Przyszłość państw narodowych i nacjonalizmów w jednoczącej się Europie; Idee „wiecznego pokoju” i jednoczenia państw narodowych w dziejach Europy*, [w:] *idem, Rozważania nad teorią i historią kultury i cywilizacji*, Poznań 2008, s. 438–440, 471–472; Ł. Machaj, *Za i przeciw Europie...*, s. 28–32. Zauważyć można istotne podobieństwa między planem Rousseau a propozycjami przedstawionymi przez Kajetana Skrzetuskiego, pijara i profesora historii w Collegium Nobilium, w pracy *Projekt, czyli ułożenie nieprzerwanego w Europie pokoju (1775)*. Skrzetuski postulował powołanie tam ligi państw („związku generalnego”), którego kongres „ustawny” (nazywany także „sejmem generalnym”), składający się z pełnomocników czy ambasadorów powołanych przez państwa, rozstrzygałby – w sposób niejako arbitrażowy – ewentualne spory między państwami, a także określone kompetencje prawodawcze. Zasadami związku miały być równość członków oraz ochrona ich terytorialnego stanu posiadania. Skrzetuski wskazywał też korzyści ekonomiczne, które tworzenie takiej ligi powinno spowodować. Zob. M. Maciejewski, G. Haręza, *Zarys dziejów polskich idei federacji europejskiej (XV–XX w.) na tle zachodnioeuropejskich koncepcji zjednoczeniowych*, [w:] M. Maciejewski (red.), *Spółeczeństwo w przelomie. Polska, Niemcy i Unia Europejska*, Wrocław 1999, s. 55; Ł. Machaj, *Za i przeciw Europie...*, s. 49–51; Ł. Machaj, M. Maciejewski, *Ku europejskiej jedności. Polscy orędownicy zjednoczenia kontynentu (XVIII–XX w.)*, Warszawa 2008, s. 7–9 (broшура dołączona do wystawy *Europa wolnych narodów. Idea zjednoczenia kontynentu w polskiej myśli XIX wieku*, Sejm 10–21 maja 2008 r., dostępna także na stronie internetowej: http://libr.sejm.gov.pl/oide/wystawa1/wystawa_wstep.pdf). Na temat zapatrywań na kwestię jedności Europy, jakie przedstawiali przedstawiciele polskiego Oświecenia, zob.: T. Kostkiewiczowa, *Jedność i różnicowanie Europy w opiniach pisarzy polskiego Oświecenia*, [w:] J. Platt (red.), *Oświecenie: kultura – myśl, Prace Historycznoliterackie*, nr 17, Gdańsk 1995, s. 47–65.

pohamowanych żądań, co na płaszczyźnie władzy państwowej oznacza nadmierne wydatki publiczne⁸. Dlatego w opracowanych przez siebie projekcie ustrojowym dla Korsyki postulował daleko posuniętą samowystarczalność państw (dotyczącą także sfery kultury)⁹, która – ograniczając żądania i potrzeby – wpływałaby na bardziej pokojowe relacje między nimi¹⁰. Jednakże autarkia z konieczności oznacza także zamknięcie i dezintegrację państw Europy. W rozważaniach Rousseau o stosunkach międzynarodowych napotkać można, jak sądzę, napię-

⁸ Ponadto – dodaje Rousseau – podboje mają często zwrócić uwagę obywateli ku kwestii wojny i pozwolić na wzmocnienie władzy rządzących – J.J. Rousseau, *Ekonomia polityczna*, [w:] *idem, Trzy rozprawy z filozofii społecznej*, przekład: H. Elzenberg, PWN 1956, s. 324.

⁹ Rousseau obawiał się, że częste kontakty z mieszkańcami innych krajów spowoduje skażenie niezdeprawowanych jeszcze zwyczajów i moralności obywateli państwa, zwłaszcza zaś doprowadzić może do przyjęcia z zagranicy zgubnego zamiłowania do luksusu.

¹⁰ Por. J. Kukułka, *Teoria stosunków międzynarodowych*, Warszawa 2000, s. 41–42. W projekcie konstytucji dla Korsyki Rousseau postulował, by eksport i import ograniczyć do minimum. Gospodarka wyspy miała zaś być oparta na rolnictwie, regulowana przez rząd, w maksymalnym stopniu autarkiczna i z ograniczoną własnością prywatną, która ponadto rozdzielona miała być w miarę równo. Do tego jeszcze miały zostać wprowadzone prawa przeciw zbytkowi. Uważał bowiem, iż z rozwojem handlu i przemysłu przychodzi rozkwit wielkich miast i całe zło, które się w nich gnieździ – pogoń za bogactwem, dążenie do zaspokojenia coraz to nowych, „sztucznych” potrzeb, upadek moralności, a wreszcie osłabienie cnót obywatelskich. Zadaniem, które postawił sobie myśliciel z Genewy, gdy pisał prawa dla Korsykanów, było natomiast stworzenie społeczeństwa silnego moralnie, a niekoniecznie bogatego. Można więc powiedzieć, że poglądy Rousseau na temat handlu zagranicznego były swoistą konsekwencją jego republikańskich przekonań. Na temat autarkii i regulacji życia gospodarczego zob.: J.J. Rousseau, *Projekt konstytucji dla Korsyki*, przekład: M. Blaszkę, Warszawa 2009, s. 97–105, 117–118; por. też: M. Blaszkę, *Wstęp*, [w:] J.J. Rousseau, *Projekt konstytucji dla Korsyki*, Warszawa 2009, s. 42–43, 57, 61; M. Blaszkę, *Projekt konstytucji dla Korsyki Jana Jakuba Rousseau. Aktualizacja idei w dobie Rewolucji Francuskiej*, Zamość 2005, s. 12–15, 21, 28, 31, 42–50, 57; A. Burda, *Metoda i ogólny charakter doktryny politycznej J.J. Rousseau*, Annales Universitatis Mariae Curie Skłodowska, Sectio G, vol. I, no. 1, Lublin 1954, s. 37–38. Na temat praw antyzbytkowych i opodatkowania zagranicznych towarów luksusowych zob. także: J.J. Rousseau, *Ekonomia polityczna...*, s. 335–339. W propozycjach reform dla Polski filozof z Genewy tak mocno nie akcentuje autarkii, jak w projekcie dla Korsyki; zob. J. Michalski, *Rousseau i sarmacki republikanizm*, Warszawa 1977, s. 61.

cie między marzeniem o wiecznym pokoju – tym, co filozof nazwał najpiękniejszym planem zajmującym ducha ludzkiego – a uznanymi przezeń za realne programami naprawy patologicznych jego zdaniem relacji między państwami, jak też między pomysłami federalistycznymi a ideą suwerenności państw¹¹.

W dyskusji na temat możliwej pokojowej koegzystencji państw odnotować warto akcent polski – koncepcję dwukrotnego króla Polski, Stanisława Leszczyńskiego (1677–1766). Optował on za utworzeniem „wieczystego przymierza” między państwami „republikańskimi”, tzn. rządzonymi według reguł „republikańskich” (monarcha wymienia Wielką Brytanię, Holandię, Szwajcarię, Wenecję, Genuę, Szwecję, a także Polskę). Rolę gwaranta pokoju i arbitra w przypadku zaistnienia sporów przyjąłaby Francja, według Leszczyńskiego największe mocarstwo Europy, a ponadto wskutek posiadania naturalnych granic państwo niedążące do powiększenia¹². Propozycja Leszczyńskiego z założenia miała być realistyczna, a nie utopijna, stąd też próżno szukać w niej rozbudowanej wizji integracji krajów Europy. Można wręcz odczytywać ją – moim zdaniem trafnie – jako swego rodzaju polemikę z poglądami opata de Saint-Pierre, zamiast „wiecznego pokoju” postulującą pokój oparty na potędze hegemonu, a więc swoisty *pax gallica*¹³.

¹¹ Jerzy Malec pisze na ten temat: „Zapewne właśnie niebezpieczeństwo ograniczenia suwerenności powodowało dużą ostrożność Rousseau w stosunku do koncepcji federalistycznych i niejednoznaczność jego poglądów na federalizm” – J. Malec, *Szkice z dziejów federalizmu i myśli federalistycznej w czasach nowożytnych*, Kraków 1999, s. 148.

¹² Ł. Machaj, *op. cit.*, s. 46–49; M. Maciejewski, G. Hareża, *op. cit.*, s. 53–54; Ł. Machaj, M. Maciejewski, *op. cit.*, s. 5–7; E. Rostworowski, *Stanisław Leszczyński – republikanin pacyfista*, *Kwartalnik Historyczny*, 1967, z. 2, s. 278–285. Pełny tekst dziełka Stanisława Leszczyńskiego *Memoriał o zabezpieczeniu pokoju powszechnego (Mémorial de l'affermissement de la paix générale, 1748)* można znaleźć w pracy Jadwigi Lechickiej, *Rola dziejowa Stanisława Leszczyńskiego oraz wybór z jego pism*, Toruń 1951, s. 193 i n.

¹³ Tak: A. Nieuważny, *Stanisław Leszczyński i jego Europa*, *Polski Przegląd Dyplomatyczny*, 2001, t. 1, nr 2 (2), s. 200–203. Autor ten nie waha się zadać prowokacyjnego pytania: „czy postzimnowojenny *pax americana* nie jest paradoksalnym echem *Memoriału...*” króla Stanisława? – *ibidem*, s. 202.

W refleksji polityczno-prawnej i ekonomicznej na temat stosunków między państwami w drugiej połowie XVIII wieku odnaleźć można tendencje zarówno separatystyczne, jak i integracyjne. Świadectwem pierwszych jest doktryna jednego z najwybitniejszych ówczesnych znawców prawa narodów, szwajcarskiego prawnika Emera de Vattel (1714–1767). W jego ujęciu podmiotami prawa narodów – stanowiącego modyfikację prawa natury – a zarazem podmiotami działającymi na arenie międzynarodowej są suwerenne narody–państwa. Tej zasady Vattel broni stanowczo. Narody, niezależnie od wielkości, są niepodległe i względem siebie równe, gdyż w świetle prawa natury nie siła stanowi o prawie, lecz sprawiedliwość i obowiązki w stosunku do innych. Dlatego też relacje między suwerennymi państwami oparte być muszą na zasadach równości, a żadne państwo nie może mieszać się w wewnętrzne sprawy drugiego¹⁴. Vattel traktował stan pokoju, a nie wojny, między narodami jako stan normalny i opowiadał się za ograniczeniem stosowania przemocy w stosunkach między narodami, lecz uznawał też, że niekiedy wojna może stanowić efektywny środek wymuszenia sprawiedliwości. Dopuszczał jej stosowanie nie tylko w razie wyrządzenia niesprawiedliwości, ale także w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Nie wykluczał też sytuacji, w której określone racje mają obie strony konfliktu zbrojnego¹⁵. Tak może być na przykład w sprawie wątpliwej: ponieważ „narody są równe i niepodległe (...) i żaden nie może czynić się sędzią drugiego, stąd wynika, że w każdej sprawie wątpliwej wojna po obu stronach powinna być uważana za uprawnioną, przynajmniej o ile chodzi o skutki zewnętrzne i dopóki sprawa nie zostanie rozstrzygnięta”¹⁶. Można powiedzieć, że enuncjacje Vattela wydają się wynikać z odniesienia do stosunków międzynarodowych Bodinowskiego ujęcia suwerenności.

¹⁴ Jakkolwiek Vattel dopuszczał istnienie „republiki federacyjnej”, którą definiował jako trwałe połączenie suwerennych państw – J. Malec, *op. cit.*, s. 146.

¹⁵ E. de Vattel, *Prawo narodów, czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, przekład: B. Winiarski, Warszawa 1958, t. I, s. 53–67, 90, 329–331, 354–367, 593–597; t. II, s. 26–28, 44–70; por. J. Kukułka, *op. cit.*, s. 42–43.

¹⁶ E. de Vattel, *op. cit.*, t. II, s. 55.

Poglądy Vattela zyskały sobie popularność wśród uczonych tamtej epoki. Ich echa można odnaleźć chociażby w refleksjach szkockiego myśliciela, profesora uniwersytetu w Edynburgu – Adama Fergusona (1723–1816), zamieszczonych w opublikowanym u schyłku stulecia, w 1792 r., dziele *Principles of Moral and Political Science*, stanowiącym syntezę przemyśleń autora na temat moralności, fundamentów prawa i polityki. Twierdził on, że państwa–narody stanowią „sztuczne osoby” (*artificial persons*), posiadającymi – tak jak osoby fizyczne – określone uprawnienia (*rights*), które wynikają albo z określonych działań (jak własność terytorium), albo z umów i zwyczajów. Jeżeli inne sposoby obrony uprawnień nie przyniosą rezultatu, jako „środek ostateczny” państwa mogą użyć siły militarnej. Wojnę zdaniem Fergusona uznać trzeba za uzasadnioną czy sprawiedliwą nie tylko w przypadku otwartej agresji jednego państwa na inne, lecz także w sytuacji zagrożenia niejako jeszcze potencjalnego, na którą szkocki autor rozszerza zakres pojęcia prawa do obrony, jakie przysługuje państwu. Narody bowiem są „niemal w każdym przypadku wzajemnymi obiektami zazdrości i podejrzliwości” („Nations are, (...) almost in every instance, mutual objects of jealousy and distrust”). Dlatego też mogą one dotąd uznawać się za bezpieczne, dokąd są w stanie same ochraniać swe uprawnienia¹⁷. Takie ujęcie prawa do obrony prowadzi niewątpliwie do rozmycia kategorii sprawiedliwości w relacjach międzynarodowych, gdyż przy zapobieganiu groźbie jeszcze niezaktualizowanej trudno jest odróżnić – czemu Ferguson zresztą nie przeczy – obronę od działań ofensywnych, a więc akty uprawnione od niesprawiedliwych. Stan wojna jest wpisana w kondycję człowieka, ponieważ naturę ludzką cechą rozbieżne tendencje do zrzeszania się i współpracy, jak też do rywalizacji¹⁸. Wojny nie sposób zatem wyeliminować,

¹⁷ A. Ferguson, *Principles of Moral and Political Science*, Edinburg 1792, vol. II, s. 300–301.

¹⁸ Odnotować wypada, że Ferguson, stwierdzając, że wszelkie cnoty, w tym przede wszystkim polityczne, ćwiczy się w obliczu przeciwności, nawet wojnie przyznawał funkcję szkoły cnót obywatelskich i patriotyzmu. Walka z wrogiem zewnętrznym powoduje bowiem jego zdaniem zacieśnienie więzi obywatelskim i w tym sensie może mieć niejako moc oczyszczającą – L. Hill, *Anticipations of Nineteenth and Twentieth Century Social Thought in the Work of Adam Ferguson*, Archives Européennes de So-

ale w przekonaniu Fergusona należy zrobić wszystko, żeby obywała się ona bez niepotrzebnych ofiar i okrucieństwa. Wobec tego dopuszcza on w trakcie operacji wojennych tylko te środki, które w najmniej szkodliwy sposób prowadzą do zwycięstwa, każde dodatkowe okrucieństwo lub „środki o charakterze destrukcyjnym” (*means of a destructive nature*) uznając za bezprawne (podaje on takie przykłady, jak zatrucie źródeł wody lub używanie strzał nasączonych trucizną)¹⁹. Ferguson zatem, jak Vattel nie wierząc w możliwość całkowitego wyrugowania konfliktów militarnych ze stosunków międzynarodowych, domagał się ich humanitaryzacji. Negując możliwość bliskiej pokojowej współpracy, także w celu rozwiązywania ewentualnych sporów, państw wspólnoty międzynarodowej, a nawet „koncertu mocarstw Europy”, Ferguson – tak jak szwajcarski prawnik – przedstawia stanowisko, które określić by można mianem antyintegracyjnego.

Akcenty prointegracyjne pojawiały się natomiast w ówczesnej refleksji ekonomicznej, przy czym miała to być integracja krajów Europy dokonująca się poprzez wymianę handlową. Przez cały wiek XVII i znaczną część XVIII polityka gospodarcza państw Europy opierała się na doktrynie merkantylizmu, która podstawowe znaczenie przypisywała „dodatniemu” bilansowi handlowemu, uważając za korzystną tylko wymianę z tymi państwami, z których przywożono pieniądź kruszcowy o większej wartości niż eksportowane tam towary. Pozostałe przypadki handlu zagranicznego poddawano znacznym restrykcjom w postaci ceł, podatków, zakazów przywozu bądź wywozu określonych towarów oraz różnych podatków i opłat dodatkowych, mających podobne działanie jak cła. Gdy w drugiej połowie XVIII stulecia ekonomia stawała się nauką w nowoczesnym tego słowa znaczeniu, coraz częściej podwa-

ciologie, 1996, tom XXXVIII, nr I, s. 216–217, 219; por. A. Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, the fifth edition, London 1782, s. 40, 259, 346. Wydaje się zresztą, że te poglądy stanowią swoiste rozwinięcie stwierdzenia Monteskiusza, który pisał: „Obawa przed Persami podtrzymywała prawa w Grecji. Kartagina i Rzym straszły się nawzajem i umacniały się. Rzecz osobliwa! Im bardziej w takich państwach rośnie bezpieczeństwo, tym łacniej, jak zbyt spokojne wody, podatne są zgniliźnie” – Monteskiusz, *O duchu praw*, przekład: T. Boy-Żeleński, Kraków 2003, s. 110. Podobne myśli wyrażali później m.in. Johann Gottlieb Herder (1744–1803) i Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831).

¹⁹ Por. A. Ferguson, *Principles...*, vol. II, s. 293–312.

żano, zarówno na podstawie obserwacji, jak i rozważań modelowych, dogmaty polityki merkantylistycznej, domagając się liberalizacji handlu zagranicznego²⁰. Zmiana zapatrywań na kwestię handlu międzynarodowego wiąże się z coraz bardziej pozytywnym postrzeganiem roli w gospodarce narodowej zbytku, który uważano za nieodłącznego „towarzysza” i zarazem skutek rozwoju handlu. Zauważano bowiem, że umiarkowany zbytek – pobudzając nowe potrzeby – może prowadzić do uruchomienia nowych gałęzi produkcji, zwiększenia produkcji, a tym samym – również zwiększenia zatrudnienia²¹.

W swych esejach ekonomicznych David Hume (1711–1776) podkreślał, że ograniczenia „normalnej” wymiany handlowej, w której jeden z handlujących ze sobą krajów wysyła towary, jakich drugi nie wytwarza, wynikają z „zazdrości o handel” (*jealousy of trade*), tzn. przyjęcia błędnych założeń merkantylizmu, a także z różnych przyczyn odnoszących się politycznych relacji między państwami. Narody bowiem powinny utrzymywać ze sobą wymianę handlową i generalnie jest to dla wszystkich korzystne²². Wymiana handlowa wpływa na rozwój rodzimego przemysłu, umożliwiając imitację dóbr

²⁰ Choć już znacznie wcześniej Jean Bodin domagał się wolności handlu w skali międzynarodowej – zob. Z. Izdebski, *op. cit.*, s. XLIX. Podobnie Vattel uważał, że narody powinny rozwijać stosunki handlowe między sobą, a sprzyja temu wolność handlu. Dlatego potępiał przywileje i wyłączne uprawnienia w handlu, które godzą w tę wolność. Jednakże nie można państwom zakazać takich praktyk, ponieważ są one suwerenne, a więc: „Każdy naród jest sędzią tego, czy ma uprawiać handel” – E. de Vattel, *op. cit.*, t. I, s. 334–341.

²¹ Największym adwokatem luksusu w XVIII wieku był naturalizowany w Wielkiej Brytanii Holender, Bernard Mandeville (1670–1733). Cnotę oszczędności (*frugality*) nazywał on cnotą „mizerną i głodującą”, która jest mało użyteczna „w kraju handlowym”, gdyż „nikomu rąk nie zatrudnia”, i nie przyczynia się do wzrostu bogactwa narodu – B. Mandeville, *Bajka o pszczołach*, przekład: A. Glinczanka, W. Chwalewik, PWN 1957, s. 100. Wcześniej podobną myśl wyraził Nicolas Bardon (1640–1698) w pracy *A Discourse of Trade*; zob. N. Bardon, *Rozprawa o handlu*, przekład: Cz. Znamierowski, [w:] *Merkantylizm i początki szkoły klasycznej – wybór pism ekonomicznych XVI i XVII wieku*, s. 715–717.

²² Hume nie uważa jednak, że wszelkie ograniczenia w handlu zagranicznym są nieuzasadnione. Istnieją bowiem sytuacje, gdy cła chronią i wzmacniają rozwijającą się gałąź rodzimego przemysłu, przyczyniając się tym samym do zapewnienia miejsc pracy dla robotników; por. D. Hume, *Of the Balance of Trade*, [w:] *The Philosophical*

zagranicznych, które trafiają na rodzimy rynek. Imitację tę budzi zmiana gustów konsumentów, która jest skutkiem rozwoju handlu oraz większej ilości i różnorodności towarów na rynku. Imitacja ta z kolei wpływa na podniesienie poziomu krajowego przemysłu (zachodzi bowiem – jak można powiedzieć, używając współczesnej terminologii – efekt uczenia się). To zaś daje później dalszą możliwość rozwoju handlu i przyczynia się do wzrostu gospodarczego. Korzystna jest zatem dla kraju sytuacja, gdy narody ościenne posiadają już rozwinięty przemysł. Nawet w sytuacji, gdy skurczą się rynki zagraniczne, poczynione udoskonalenia znajdują zastosowanie w produkcji towarów na rynek krajowy, co pozwoli dalej wykorzystywać znajdujące się w kraju zasoby pracy. W przypadku państw działa ten sam mechanizm, który można obserwować w przypadku jednostek: pojedynczy człowiek rzadko może być przedsiębiorczy, podczas kiedy jego współobywatele są beczynni. Bogactwo zaś członków społeczeństwa wpływa na bogactwo jednostki. Podobnie jest w przypadku krajów – tylko wtedy gospodarka danego kraju może się rozwijać, gdy kraje, z którymi prowadzi on wymianę, mają do zaoferowania jakieś dobra w zamian, w przeciwnym bowiem wypadku kraje te nie będą w stanie zapłacić za towary, które importują²³. Tak więc gospodarki państw to system naczyń połączonych i dobrobyt jednego z nich zależy od poziomu rozwoju sąsiadów. Jak czytamy w eseju *O handlu*: „gdy rozważamy historię, powinniśmy dostrzec, że u większości narodów handel zagraniczny spowodował wszelkie udoskonalenia w wytwórczości krajowej, a także dał początek krajowemu zbytkowi”²⁴. Umiarkowany zbytek według Hume’a

Works of David Hume, Edinburgh 1826, Vol. III, s. 365–366. Hume nie był zatem zwolennikiem bezwarunkowej liberalizacji handlu zagranicznego

²³ *Idem*, *Of Commerce*, [w:] *The Philosophical Works of David Hume...*, Vol. III, s. 297–298; A.S. Skinner, *Economic theory*, [w:] A. Broadie (ed.), *The Cambridge Companion to the Scottish Enlightenment*, Cambridge 2003, s. 183; D. Hume, *Of the Jealousy of Trade*, [w:] *The Philosophical Works of David Hume...*, Vol. III, s. 368–372.

²⁴ D. Hume, *Of Commerce...*, s. 297: „If we consult history, we shall find, that in most nations foreign trade has preceded any refinement in some manufactures, and give birth to domestic luxury”.

ma pozytywne znaczenie dla gospodarki, wpływając na zwiększenie produkcji luksusowej, powoduje bowiem wzrost zatrudnienia²⁵.

Jeszcze dalej niż Hume w swoich tezach dotyczących międzynarodowych stosunków ekonomicznych szedł ojciec nowoczesnej ekonomii politycznej, Adam Smith (1723–1790). W swoim fundamentalnym dziele *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów* z 1776 r. pisał, że integrację gospodarczą umożliwiłoby przyjęcie przez państwa kontynentu europejskiego proponowanego przezeń, modelowego „systemu wolności naturalnej”, tj. systemu gospodarczego, w którym rząd zapewniałby znośne podatki (*easy taxes*), pokój oraz sprawny wymiar sprawiedliwości (*tolerable administration of justice*)²⁶, przedstawiciele zaś żadnej z klas czy grup zawodowych nie posiadaliby żadnych specjalnych przywilejów, jakie charakterystyczne były dla systemu merkantylistycznego. W stanie wolności naturalnej społeczeństwo byłoby nie, jak dotychczas, sumą realizujących nierzadko sprzeczne interesy stanów i klas, lecz składałoby się z wolnych i równych, gospodarujących indywidualów. Natomiast w całym systemie zaistniałby stan równowagi gospodarczej – bez zakłóceń działałoby ustanowione przez Boską Opatrzność i korzystne dla społeczeństwa, prawa ekonomii, jakie symbolizuje znana z prac Smitha metafora „niewidzialnej ręki”. Wielki ekonomista pisze: „Gdyby wszystkie narody przyjęły liberalny system wolnego wywozu i wolnego przywozu, to różne państwa wchodzące w skład wielkiego kontynentu przypominałyby do pewnego stopnia prowincje wielkiego imperium. I taką samą rolę jak wolność handlu wewnętrznego w stosunkach między prowincjami imperium (...) odegrałyby i wolność handlu wywozowego i przywozowego między państwami, które są częściami

²⁵ Więcej na temat teorii handlu zagranicznego Hume’a zob.: P. Szymaniec, *Economic ideas of David Hume. A Contribution to the Economic Development Theory and the Theory of International Economic Relations*, [w:] W. Michalczyk (ed.), *Evolution of the World Economy and International Finance. Selected Problems*, Wrocław 2010, s. 144–153.

²⁶ Tak, według ucznia Smitha, Dugalda Stewarta (1753–1828), Smith przedstawił w referacie z 1755 r. zadania państwa w systemie naturalnej wolności – D. Stewart, *Account of the Life and Writings of Adam Smith*, [w:] A. Smith, *Essays on Philosophical Subjects*, ed. by W.P.D. Whightman, J.C. Bryce, and I.S. Ross, Oxford 1980, s. 321–322.

wielkiego kontynentu. Im bardziej rozległy ten kontynent, im łatwiejsza komunikacja lądem i wodą pomiędzy różnymi jego częściami, tym mniej możliwości, aby jakaś część tego kontynentu była narażona kiedykolwiek na jedną z owych klęsk [związanych z niedoborami określonych zasobów – dopisek: P.Sz.], gdyż obfitość zasobów jednego kraju mogłaby łatwiej wyrównać braki drugiego”. Taka integracja pozwoliłaby zapobiegać niedoborom, w tym zwłaszcza niedoborem żywności, które mogą prowadzić do klęski głodu²⁷. Jej warunkiem jest jednak przede wszystkim zapewnienie swobodnego przepływu towarów. Nikt chyba przed Smithem tak stanowczo nie podkreślał korzyści, jakie przyniosłaby państwowemu członkowskim unia gospodarcza²⁸.

Najbardziej radykalny z programów integracji państw zarysował u schyłku stulecia Immanuel Kant (1724–1804). W słynnym „projekcie filozoficznym” *Do wiecznego pokoju (Zum ewigen Frieden, 1795)* wskazywał, że dążenie do realizacji do stanu bez wojen stanowi nakaz praktycznego rozumu, a więc nakaz moralny. Wojna jest bowiem straszna przede wszystkim z tego powodu, że wyniszcza moralnie ludzi w niej uczestniczących. Ponadto wojna godzi również w interes krajów, które utrzymują ze sobą stosunki handlowe, gdyż „duch handlu (...) nie może współistnieć z wojną i wcześniej lub później zawładnie każdym narodem”²⁹. Stan relacji między państwami przy-

²⁷ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, tom II, przekład: A. Prejbisz, B. Jasińska, Warszawa 2007, t. II, s. 148.

²⁸ Nie oznacza to bynajmniej, iż nikt przed Smithem nie zastanawiał się nad taką możliwością. Warto przypomnieć, że francuski prawnik Émeric Crucé (1590–1648) w ogłoszonym w roku 1623 traktacie *Nowy Cyneas, czyli przemówienia o sposobnościach i środkach ustanowienia powszechnego pokoju oraz wolności handlu dla wszystkich (Le Nouveau Cynée ou Discours des occasions et moyens d'établir une paix générale du commerce pour tout le monde)* zaproponował utworzenie międzynarodowej organizacji o zasięgu światowym, która zrzeszałaby władców Europy, Dalekiego Wschodu i Turcji, a której celem byłoby – obok zapobiegania wojnom – umożliwienie powszechnej wolności handlu i komunikacji. W zintegrowanej według koncepcji Crucégo Europie istniałaby swoboda przepływu dóbr i poruszania się ludzi; por. J. Kukułka, *op. cit.*, s. 37–38; S. Hubert, *Zarys rozwoju nowoczesnej społeczności międzynarodowej*, Kraków 1947, s. 70–72.

²⁹ I. Kant, *Do wiecznego pokoju*, przekład: M. Żelazny, [w:] *idem, Rozprawy z filozofii historii*, Kęty 2005, s. 187.

równuje Kant – tak jak przed nim m.in. Thomas Hobbes, John Locke i Vattel – do stanu natury, jaki istniał między jednostkami ludzkimi do czasu zawarcia umowy społecznej. Ponieważ stan natury nie gwarantował trwałości żadnych praw ani instytucji, ludzie musieli go opuścić. Podobnie państwa *muszą* opuścić stan permanentnej wzajemnej wojny, który cechuje się takimi samymi niedogodnościami, jak stan natury. Państwa zatem powinny zawrzeć między sobą traktat odpowiadający w pewnym stopniu umowie społecznej. Jednakże gdyby zdecydowały się stworzyć państwo narodów (*civitas gentium*) lub republikę światową, powołując nad sobą władzę zwierzchnią, zatraciłyby cechę suwerenności, która odpowiada wolności u osób fizycznych. Poza tym wykreowanie takiego „superpaństwa” przynosi za sobą zagrożenie despotyzmem, jedna jego część mogłaby bowiem uzależnić od siebie pozostałe³⁰. Suwerenność stanowi zatem zabezpieczenie przed takim despotyzmem³¹. Właściwą zatem drogą do wiecznego pokoju, bez wyrzekania się suwerenności, jest federacja narodów. W XVII wieku umowę społeczną nierzadko wyobrażano sobie jako akt składający się z dwóch etapów. Pierwszy z nich to *pactum unionis* (*pactum sociale, contratus societatis*), powodujący, że z absolutnie wolnych dotąd ludzi powstawało społeczeństwo. Drugim zaś był *contractus subiectionis*, prowadzący do podporządkowania się społeczeństwa konkretnej władzy zwierzchniej³². Można powiedzieć, że Kantowski traktat tworzący federację państw stanowi swoisty odpowiednik *pactum unionis*, natomiast w stosunkach międzynarodowych *contractus subiectionis* jest niemożliwy, gdyż prowadziłby do rezygnacji z suwerenności.

Na obszarze stworzonej w taki sposób federacji państw obowiązywać powinno „ogólnoświatowe prawo obywatelskie” – *prawo kosmopolityczne* – które sprowadza się do swobodnego przemieszczania się

³⁰ *Ibidem*, s. 176–178, 187.

³¹ Por. E. Berns, *The European Surrogate and the Problem of Sovereignty in Kant's Zum ewigen Frieden*, [w:] J. Miklaszewska, P. Spryszak (red.), *Kant wobec problemów współczesnego świata. Kant and the Problems of the Contemporary World*, Kraków 2006, s. 69.

³² Por. Cz. Porębski, *Umowa społeczna. Renesans idei*, Kraków 1999, s. 11–15.

osób oraz wolności różnego typu kontaktów między obywatelami tych państw, między innymi handlu (*commercium*)³³.

Myśliciel z Królewca wyszczególnia podstawowe warunki, jakie muszą być spełnione, aby wieczny pokój mógł zaistnieć: żaden traktat pokojowy nie może zawierać tajnych postanowień, które mogą stać się zarzewiem następnej wojny; ponieważ państwo to wspólnota ludzi, rządzących się wspólnym prawem i decydująca o swoich losach, państwo ani żadna jego część nie mogą być traktowane jak nieruchomości, tj. sprzedawane, nabywane drogą spadku czy też darowane; wojsko zawodowe ma być z czasem zniesione, a na zbrojenia państwa nie powinny zaciągać długów; wreszcie zaś państwa prowadzące ze sobą nie powinny dokonywać takich aktów, które przekreślałyby po skończeniu działań wojennych wzajemne zaufanie między nimi (jako przykłady filozof podaje nakłanianie obywateli do zdrady i łamanie warunków kapitulacji). W końcu natomiast: „Żadne państwo nie powinno mieszać się przemocą do ustroju i rządów innego państwa”³⁴. Od tego zakazu Kant ustanawia jeden wyjątek: gdyby jakieś państwo zagrażało sąsiadom, mają oni „prawo zmusić zagrażające im państwo do przyjęcia nowego ustroju, z natury nie sprzyjającego skłonności do wojny”. W żadnym razie nie jest usprawiedliwione dokonanie rozbioru tego państwa, negocjowały to bowiem prawo obywateli do tworzenia własnego państwa³⁵. Pomocna w ustanowieniu powszechnego pokoju byłoby również sytuacja, w której państwa zaczęłyby być rządzone „na sposób” republikański.

W naturalnym stanie, w którym dotąd, jak pisał filozof, znajdują się państwa, wojna jest dopuszczalna, gdy jedno państwo uważa się za skrzywdzone przez drugie³⁶. Jednakże nawet w tym stanie państw

³³ I. Kant, *Do wiecznego pokoju...*, s. 178, 170; *idem*, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, przekład: W. Galewicz, Kęty 2006, § 62, s. 155–156.

³⁴ *Idem*, *Do wiecznego pokoju...*, s. 165–169. Można domyślać się, że aluzje filozofa dotyczą Rzeczypospolitej, która w roku opublikowania traktatu o wiecznym pokoju zniknęła z mapy Europy.

³⁵ *Idem*, *Metafizyczne podstawy nauki prawa...*, § 60, s. 154.

³⁶ Trzeba wskazać, że Kant nie zawsze i nie do końca potępia wojnę. W *Krytyce władzy sądowniczej* (1790) można bowiem odnaleźć taką myśl: „Nawet wojna, jeśli jest prowadzona z zachowaniem porządku i poszanowaniem praw obywatelskich, ma w sobie coś wzniosłego, przy czym czyni ona charakter narodu, który wie dzie ją w ten

nie jest dopuszczalna wojna karna (*bellum punitivum*), nałożenie kary zakłada bowiem istnienie stosunku zwierzchnika i podporządkowanego, który jest niedopuszczalny między suwerennymi państwami. Zabroniona jest również wojna eksterminacyjna (*bellum internecinum*) oraz wojna zaborcza (*bellum subiugatorium*). W czasie wojny wolno stosować wszelkie środki obrony oprócz tych, które „obracałyby wniwecz zaufanie, potrzebne do przyszłego ugruntowania trwałego pokoju” (przykładem może być używanie zamachowców)³⁷.

Kant nie sformułował konkretnych rozwiązań instytucjonalnych, które miałyby gwarantować powszechny i wieczny pokój, lecz tylko ukazał pewne warunki warunków, których realizacja w jakiejś mierze zbliżałaby relacje między państwami do stanu wiecznego pokoju, zamiast wiecznej wojny³⁸. Dlatego też uważano, że idei Kanta

sposób, tym wznioślejszym, im liczniejsze były niebezpieczeństwa, na jakie był narażony i wśród których zdołał mężnie przetrwać. Natomiast długotrwały pokój wiedzie zazwyczaj do panowania samego tylko ducha handlu, a wraz z nim do panowania niskiej chciwości, tchórzostwa i zniechęcałości oraz do upodlenia się myślenia narodu” – *idem*, *Krytyka władzy sądenia*, tłum. J. Gałęcki, Warszawa 2004, s. 161. W jednym ze swych artykułów filozof zaś dodaje: „Tylko w stanie doskonałej kultury (Bóg wie, kiedy) trwały pokój mógłby być dla nas zbawienny i tylko wówczas byłby on możliwy. Co się zaś tyczy tego punktu, to sami ponosimy winę za zło, przeciwko któremu wnosimy tak gorzkie skargi” – *idem*, *Przypuszczalny początek ludzkiej historii*, przekład: M. Żelazny, [w:] *idem*, *Rozprawy z filozofii historii...*, s. 78–79. Oznacza to, że wojna może być wyeliminowana dopiero wówczas, kiedy państwa osiągną odpowiednio wysoki poziom kultury. Do tego momentu natomiast wojna jest nieodłącznym składnikiem kondycji ludzkiej. Komentując te stwierdzenia wielkiego filozofa, Yirmiahu Yovel dochodzi do – jak się wydaje, trafnego – wniosku, że dla Kanta momentem, od którego zmieni się rola wojny w dziejach, jest epoka Oświecenia; zob. Y. Yovel, *Kant and the Philosophy of History*, Princeton 1980, s. 151–153.

³⁷ I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa...*, § 56–58, s. 150–153; por. R. Piekarski, *Wojny sprawiedliwe według Kanta i Grocjusza*, [w:] J. Miklaszewska, P. Spryszak (red.), *Kant wobec problemów współczesnego świata...*, s. 111–112, 115–116.

³⁸ Próbę odniesienia Kantowskiego programu wiecznego pokoju do współczesnych realiów ładu międzynarodowego zawiera praca Sebastiana Żukowskiego, *Praktyczne implikacje teoretycznych założeń wiecznego pokoju Immanuela Kanta w dobie globalizacji*, Toruń 2008, s. 68–90. Autor stawia tam tezę, iż w dobie globalizacji wojna przestała się opłacać, a także postuluje budowę prawdziwie kosmopolitycznego społeczeństwa światowego (przy czym odróżnia kosmopolityzm rzetelny od nierzetelnego; ten ostatni „instrumentalizuje kosmopolityczną retorykę pokoju i praw człowieka,

nie można wcielić w życie. W projekcie filozofa z Królewca zwraca uwagę niewielką rolę, jaką przypisał on relacjom gospodarczym, zadowolając się stwierdzeniem, że rozwój handlu zagranicznego służy pokojowi. W pierwszej kolejności bowiem interesowało myśliciela ustanowienie pokoju jako zadanie etyczne i wokół tego zbudował on całą swoją koncepcję³⁹.

W pięć lat po opublikowaniu przez Kanta swojego „projektu wiecznego pokoju”, w ostatnim odchodzącego stulecia filozofów, Johann Gottlieb Fichte (1762–1814) – uznający się za ucznia mędrca z Królewca – napisał dzieło *Zamknięte państwo handlowe* (*Der geschlossene Handelsstaat*). Główną ideą dzieła jest to, że państwo stanowić ma zamkniętą przestrzeń pod względem handlowym, tak jak jest ono zamknięte jako obszar, na którym obowiązuje jeden system prawa. Koncepcja zamkniętego państwa handlowego jest wobec tego skrajną konsekwencją idei suwerenności państw. Rzecz ciekawa, że niemiecki filozof uzasadnia swój pomysł za pomocą argumentacji etycznej, a mianowicie podkreśla niesprawiedliwość i wyzysk, do jakich prowadzi dotychczasowa polityka kolonialna państw Europy: „Europa ma w handlu znaczną przewagę nad pozostałymi częściami świata i przywłaszcza sobie ich siły i produkty, nie dając w zamian dostatecznego ekwiwalentu swoich sił i produktów, że każde poszczególne państwo europejskie (...) czerpie pewne korzyści z tego wspólnego [z innymi państwami Europy – przyp. P.Sz.] wyzysku reszty świata”⁴⁰. Ponadto podział Europy, a potem reszty świata, na samowystarczalne obszary gospodarcze spowoduje, że zniknie przyczyna wojen, jaką jest pragnienie uzyskania dostępu do zasobów. Zatem przeobrażenie dotychczasowej wspólnoty międzynarodowej w system zamkniętych

globalną sprawiedliwość do celów narodowej hegemonii” – s. 90; chodzi zapewne o politykę Stanów Zjednoczonych w czasach prezydentury G.W. Busha). Jego wywody nie doprowadzają jednak do żadnej jednoznacznej konkluzji.

³⁹ Więcej na temat Kantowskich idei dotyczących stosunków międzynarodowych zob.: P. Szymaniec, *Rozważania Immanuela Kanta o stosunkach międzynarodowych*, [w:] W. Michalczyk (red.), *Rozważania Immanuela Kanta o stosunkach międzynarodowych*, Wrocław 2009, s. 181–191.

⁴⁰ J.G. Fichte, *Zamknięte państwo handlowe*, przekład: J. Nowotniak, [w:] *idem*, „*Zamknięte państwo handlowe*” i inne pisma, wybór: A. Ochocki, Warszawa 1996, s. 154.

państw handlowych – wymieniających ewentualnie towary na zasadach barteru⁴¹ – ma w dłuższym okresie doprowadzić do całkowitego wyeliminowania wojen⁴². Można więc w rozważaniach Fichtego odnaleźć ślady Kantowskiego marzenia o wiecznym pokoju. Realizacja tego marzenia ma jednak tym razem wieść nie do integracji, lecz do radykalnej dezintegracji państw.

Problematyczne jest wszakże ustanowienie zamkniętego państwa handlowego. Jak Fichte zaznacza, musi się to dokonać stopniowo. Po pierwsze rząd musi stworzyć produkcję w kraju tych towarów, które dotąd były masowo sprowadzane z zagranicy, albo ich substytutów. Po drugie – państwo osiągnąć musi *granice naturalne*, a zatem uzyskać trzeba dostęp do niezbędnych surowców, wcześniej importowanych z zagranicy, jak również *zaokrąglić swe granice*. Jest to konieczne do powodzenia całego projektu. Przy czym oczywiste jest, że można to zazwyczaj osiągnąć za pomocą wojen. „Państwo, które zamierza zamknąć się jako państwo handlowe, musi wprzód, w zależności od sytuacji, albo poszerzyć, albo zawęzić swoje granice, by znaleźć się w granicach naturalnych. Częściowo potrzebuje ono, aby zaspokoić (...) żądania obywateli, rozległego obszaru, który mieściłby zupełny i zamknięty system koniecznego wytwórstwa. W końcu (...) zamykające się państwo handlowe traci wszelką moc skutecznego oddziaływania na zagranicę. Czego nie uczyni przed zamknięciem, tego nie będzie już mogło uczynić po zamknięciu”⁴³. Utworzenie zamkniętego państwa handlowego musi niejako odbyć się przy udziale wojen. Dlatego nie sposób nie postawić pytania, na ile niemiecki filozof usprawiedliwia wojny w imię realizacji swojej idei.

⁴¹ Czy też – jak wskazuje Jerzy Chodorowski – odmiany bezgotówkowej wymiany zwanej „clearingiem” – J. Chodorowski, *Niemiecka doktryna gospodarki wielkiego obszaru (Grossraumwirtschaft). 1800–1945*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1972, s. 22–23. Por. J.G. Fichte, *Zamknięte państwo handlowe...*, s. 239.

⁴² Dodać trzeba, że w takim zamkniętym państwie handlowym jedynie uczeni i artyści mają mieć prawo do utrzymywania kontaktów zagranicznych i wyjeżdżania do innych krajów, w celach, rzecz jasna, z ich pracą twórczą – por. *ibidem*, s. 234, 240, 244. Filozof przedstawia też pomysł sprowadzania z zagranicy wybitnych ludzi – naukowców, artystów czy działaczy gospodarczych.

⁴³ *Ibidem*, s. 220–221.

Organizacja wewnętrzna zamkniętego państwa handlowego opiera się na centralnym planowaniu i sterowaniu produkcją i dystrybucją dóbr. Własność miała być ograniczona, tzn. miała przestać być uprawnieniem wyłącznym, a jedynie trwałym posiadaniem w celu używania do wykonywania określonej pracy, i możliwie równo podzielona⁴⁴. Istnieją w nim trzy stany, które bynajmniej nie mają charakteru dziedzicznego: wytwórców (*Producenten*), zajmujących się produkcją rolną, rybactwem, wydobywaniem kopaliny, hodowlą zwierząt itp., przetwórców (*Künstler*), przetwarzających surowce w celu uzyskania produktu finalnego, oraz kupców, pośredniczący w wymianie. Stany te z uwagi na konieczność dalszego podziału pracy dzielą się jeszcze na podstany. Poza nimi znajdują się członkowie rządu, uczeni i nauczyciele oraz wojskowi. Filozof domaga się przy tym wprowadzenia powszechnego obowiązku pracy⁴⁵. Dystrybucja dochodów ma z kolei odbywać się według następujących zasad: „Wszyscy powinni naprzód być syci i przyzwoicie mieszkać, nim ktokolwiek zacznie ozdabiać swoje mieszkanie; zanim ktokolwiek się wystroi, wszyscy powinni być wygodnie i ciepło ubrani”. Nierówności w zarobkach mają być zaś niewielkie. Każdy musi otrzymywać taką płacę, aby utrzymywać z niej – na godziwym poziomie – siebie i swoją rodzinę. A przy tym: „Wszystkie jednostki mają zagwarantowaną trwałość swojego statusu, a całość ma przez to zagwarantowane spokojne i równomierne trwanie”. Celem państwa jest zatem dobrobyt wszystkich – oddanie

⁴⁴ Joachim Streisand doszukuje się w koncepcjach zawartych w *Zamkniętym państwie handlowym* śladów jakobińskiej idei równości; zob. J. Streisand, *Johann Gottlieb Fichte a historia niemiecka*, [w:] *Z historii rozwoju klasycznej burżuazyjnej filozofii niemieckiej. Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Feuerbach*, przekład: K. Krzemień-Ojak, Warszawa 1981, s. 96. Na temat koncepcji własności w *Zamkniętym państwie handlowym* zob.: M. Weber, *Fichte's Sozialismus und sein Verhältnis zur Marx'schen Doktrin*, Tübingen 1925, s. 36–50.

⁴⁵ W innej rozprawie Fichte stwierdza nawet: „Kto nie pracuje, nie powinien jeść” – cyt. za: L. Zhixhue, *Interpersonalność u młodego Fichtego*, (w:) M.J. Siemek (red.), *Filozofia transcendentálna a dialektyka*, Warszawa 1994, s. 131. Jednakże: „Człowiek powinien pracować, ale nie jak zwierzę juczne (...). Powinien pracować wolny od strachu, z przyjemnością i radością, i mieć jeszcze dość czasu, by wznieść swojego ducha i swój wzrok ku niebu, do oglądania którego jest on stworzony” – J.G. Fichte, *Zamknięte państwo handlowe...*, s. 175.

ludziom tego, co – jak twierdzi filozof – przysługuje im już na podstawie samej umowy społecznej. Polega on „na tym, że człowiek jest w stanie zapewnić sobie najbardziej ludzkie przyjemności, pracując jak najlżej i jak najkrócej”⁴⁶. Pomysł Fichtego ma charakter utopii socjalistycznej⁴⁷, mającej przy tym wybitnie republikańskie korzenie. Jest on radykalnym rozwinięciem idei suwerenności i samowystarczalności narodu, jakie Jan Jakub Rousseau wyraził w *Umowie społecznej* oraz w projekcie konstytucji dla Korsyki. Pomysłu „zamkniętego państwa handlowego” nigdy nie próbowano wcielić w życie w takiej wersji, jaką proponował Fichte⁴⁸. Państwa europejskie bowiem zbyt mało ceniły sobie korzyści z handlu zagranicznego i międzynarodowych przepływów finansowych.

U schyłku XVIII w. pojawiło się w myśli europejskiej etniczne rozumienie narodu, którego koncepcję rozwinął myśliciel niemiecki okresu *Sturm und Drang*, Johann Gottfried Herder⁴⁹. Na początku stulecia następnego zaczęły rozwijać się idee nacjonalistyczne, do czego

⁴⁶ *Ibidem*, s. 164, 172. Zamknięte państwo handlowe jest z konieczności państwem „stanu stacjonarnego”, o którym pisali Adam Smith i David Ricardo, a więc stanu, w którym jakkolwiek wzrost ekonomiczny nie ma i nie może mieć miejsca. Pojawia się wobec tego pytanie, którego Fichte nie stawia: co ma takie państwo uczynić, jeżeli zmieniają się jego warunki wewnętrzne (wzrośnie liczba ludności albo też wyczerpią się dotąd eksploatowane zasoby), uniemożliwiając zaspokajanie potrzeb obywateli na dotychczasowym poziomie?

⁴⁷ Koncepcje ekonomiczne i całą doktrynę Fichtego mianem socjalistycznych trafnie określa Marianne Weber – M. Weber, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁸ Na temat idei politycznych Fichtego i miejsca wśród nich utopii „zamkniętego państwa handlowego” zob.: J. Chodorowski, *J.G. Fichte – prekursor niemieckiej doktryny „gospodarki wielkiej przestrzeni”*, Przegląd Zachodni, rok 25, 1969, nr 5–6, s. 87–108 (dostępne także na stronie internetowej: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/doccontent?id=27054&dirids=53>); P. Szymaniec, *Racjonalność i Naród. O myśli polityczno-prawnej J.G. Fichtego*, [w:] M. Sadowski, E. Bojek, M. Machaj, P. Szymaniec (red.), *Studia Erasmiana Wratislaviensia. Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyt naukowy studentów, doktorantów i pracowników Uniwersytetu Wrocławskiego*, Wrocław 2007, s. 29–48.

⁴⁹ Zob. P. Szymaniec, *Pojęcie narodu w filozofii dziejów Johanna Gottfrieda Herdera*, [w:] M. Sadowski, P. Szymaniec, E. Bojek (red.), *Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie. Studia Erasmiana Wratislaviensia. Acta Studentium. I*, Wrocław 2008, s. 18–36.

niemało przyczynił się sam Fichte w swych – wygłoszonych podczas wojen napoleońskich w 1807 r. – *Mowach do narodu niemieckiego*⁵⁰. Idee te przybrały zdecydowanie antyintegracyjny charakter⁵¹. Nie pozostało to bez wpływu na naukę ekonomii. Niektóre z koncepcji Fichtego z *Zamkniętego państwa handlowego* inspirowały właśnie przedstawicieli tzw. *Nationalökonomie*, a więc tego, rozwijanego przede wszystkim w niemieckim obszarze kulturowym, nurtu myśli ekonomicznej, który za podstawę swoich rozważań przyjmował gospodarujący naród⁵². Jak trafnie podaje Jerzy Chodorowski, Fichtego można uznawać za prekursora niemieckich „doktryn gospodarki wielkiego obszaru”, której zwolennikami byli przedstawiciele różnych nurtów politycznych – od demokracji Friedricha Naumanna (1860–1919) aż do nazistów⁵³. „Wielkoobszarowe” myślenie o gospodarce narodowej dominowało zresztą w ciągu całego wieku XIX i w początku XX, choć najczęściej

⁵⁰ Zob. J.G. Fichte, *Naród. Mowa ósma, Wychowanie narodowe. Mowa dziewiąta. Mowa dziesiąta – fragmenty* z *Reden an die deutsche Nation*, przekład: J. Garewicz, [w:] Z. Kuderowicz, *Fichte*, Warszawa 1963, s. 160–173; J.G. Fichte, *Mowy do narodu niemieckiego (fragmenty)*, przekład: P. Dybel, R. Marszałek, [w:] *idem*, „*Zamknięte państwo handlowe” i inne pisma...*, s. 273–316.

⁵¹ W Europie początku XXI wieku zauważalny jest również, stojący w opozycji do postulatów coraz ściślejszej integracji, separatyzm małych, odradzających się – albo, jak chcą niektórzy: tworzących się – narodów. Całą ich listę przynosi praca Jerzego Eligiusza Wieluńskiego, *Pojęcie „naród” w rozumieniu tak zwanych mniejszości narodowych*, [w:] L. Zdybel (red.), *Być w narodzie. Szkice o idei narodu, narodowej kulturze i nacjonalizmie*, Lublin 1998, s. 53–91.

⁵² Jednym z pierwszych autorów, którzy w taki sposób ujmowali procesy gospodarcze, był przedstawiciel niemieckiego romantycznego konserwatyzmu, Adam Müller (1779–1829) – autor *Die Elemente der Staatskunst* (1809). Samą nazwę *Nationalökonomie* upowszechnili Friedrich List (1789–1846), Wilhelm Georg Friedrich Roscher (1817–1894) i Bruno Hildebrand (1812–1878).

⁵³ J. Chodorowski, *Niemiecka doktryna gospodarki wielkiego obszaru...*, s. 19 i n. Ogólnie na temat doktryny „Grossraumwirtschaft” zob. też: *idem*, *Problematyka doktryny „Grossraumwirtschaft*, Studia Śląskie. Seria Nowa, Opole 1968, t. XIII, s. 289–303 (dostępne także na stronie internetowej: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/doccontent?id=22323&dirids=1>). Trzeba stwierdzić, że doktryna „gospodarki wielkiego obszaru” niesie w sobie pewien element integracji, ale integracji wielu (kilku) uzupełniających się (komplementarnych) gospodarek w ramach jednego, wielkiego i autarkicznego państwa. Celem zaś takiej integracji jest stabilizacja koniunktury ekonomicznej, co jest efektem autarkiczności i centralnego planowania.

– inaczej niż chciał Fichte – przybierało postać uzasadniania ekspansji kolonialnej. Integracja gospodarcza w drugiej połowie XIX i u progu XX stulecia dokonywała się wskutek praktyki przepływów kapitałowych i inwestycji zagranicznych, której nie towarzyszyła zazwyczaj jednak pogłębiona refleksja na ten temat. Tym bardziej zepchnięto na margines rozważania o politycznej integracji narodów. Dopiero po pierwszej wojnie światowej zaczęto powracać do Kantowskiej idei związku państw, po kolejnej wojnie światowej natomiast namysł nad integracją polityczną i gospodarczą – zwłaszcza w odniesieniu do krajów Europy – zyskał na znaczeniu i zaczął przyoblekać się w konkretne rozwiązania instytucjonalne.

W myśli polityczno-prawnej i ekonomicznej II połowy XVIII wieku odnaleźć można koncepcje i programy sprzyjające integracji w różnych wymiarach państw Europy, jak też jej przeciwne. Do tych pierwszych zaliczyć teorie ekonomiczne Hume'a i Smitha, a także plan pokojowego współżycia Kanta. W inną stronę idą akcentujące suwerenność państw rozważania o stosunkach międzynarodowych Vattela oraz Fergusona, a także utopia socjalistyczna Fichtego, która dała początek mającym zdecydowanie dezintegracyjny wydźwięk doktrynom „ekonomii narodowej”. Poglądy Jana Jakuba Rousseau na temat stosunków międzynarodowych były natomiast na tyle niejednoznaczne, że mogli z nich czerpać zarówno Kant, jak i Fichte. Co jednak należy podkreślić – we wszystkich tych koncepcjach występują załączki idei, które były rozwijane, w różnych zresztą kierunkach, w dwóch następnych stuleciach.

Zjednoczona Europa w myśli Konrada Adenauera, Roberta Schumana oraz Alcide de Gasperiego. Zarys problematyki

Idea zjednoczenia Europy swoje początki miała już w starożytności i na przestrzeni wieków rozwijała się dość dynamicznie. Mimo że przez wiele stuleci z dużym zaangażowaniem próbowano urzeczywistnić zamysł „wspólnej Europy”, to dopiero po II wojnie światowej zaczęto prowadzić realne działania ku zjednoczeniu Starego Kontynentu. Wydaje się, że to skutki konfliktu światowego w połowie XX w. uświadomiły politykom zachodnioeuropejskim, iż jedynie integracja jak największej liczby państw pozwoli stworzyć skuteczny system bezpieczeństwa międzynarodowego oraz pomoże przeciwdziałać konfliktom zbrojnym¹. Do budowy dzisiejszej Unii Europejskiej w dużej mierze przyczynili się Konrad Adenauer, Robert Schuman i Alcide de Gasperi. Politycy ci uważani są za powojennych inspiratorów idei zjednoczenia kontynentu, a często nazywani są wręcz „ojcami zintegrowanej Europy”.

Konrad Adenauer urodził się 5 stycznia 1876 r. w Kolonii, w tym mieście też się wychował i ukończył gimnazjum. Studiował prawo i ekonomię na uniwersytetach we Freiburgu, Monachium i Bonn. Po wielu sukcesach w polityce regionalnej w Kolonii, w 1921 r. wybrano go na przewodniczącego Pruskiej Rady Państwa. W latach 1921 i 1926 był wysuwany na stanowisko kanclerza Rzeszy. W 1929 r. został wybrany na stanowisko nadburmistrza Kolonii. Po przejściu władzy przez narodowych socjalistów Adenauer jako nadburmistrz próbował się przeciwstawić nazistom i powstrzymać ich rosnące wpływy w mieście. W 1933 r. został przez nich usunięty z życia publicznego oraz pozba-

¹ H. Konopka, *Historia integracji europejskiej*, [w:] M. Perkowski (red.), *Integracja europejska. Wprowadzenie*, Warszawa 2002, s. 34.

wiony majątku. Już po wojnie w 1946 r. wybrano go na przewodniczącego CDU. Jako przewodniczący Rady Parlamentarnej (1948–1949) wywarł duży wpływ na ostateczny kształt ogłoszonej 23 maja 1949 r. Ustawy Zasadniczej RFN. Po zwycięstwie CDU/CSU w pierwszych wyborach do Bundestagu i zawarciu koalicji z FDP i DP został wybrany kanclerzem RFN. Urząd ten sprawował nieprzerwanie do 1963 r., a w latach 1951–1955 był równocześnie ministrem spraw zagranicznych. Adenauer konsekwentnie realizował koncepcję „społecznej gospodarki rynkowej”, której autorem był minister finansów Ludwig Wilhelm Erhard. Za jego rządów RFN nie tylko dźwignęła się z ruin, ale także stosunkowo szybko osiągnęła wysoki poziom życia („adenauerowski cud gospodarczy”). Zaowocowało to stabilizacją wewnętrzną i rosnącym poparciem społecznym. Polityk zrezygnował z władzy 15 października 1963 r. Dymisja nie oznaczała jednak wycofania się z życia politycznego. W 1965 r. ponownie został wybranym do Bundestagu piątej kadencji. Pod koniec swego życia Adenauer przystąpił do spisywania swych wspomnień (cztery tomy ukazały się w latach 1965–1968). Zmarł 19 kwietnia 1967 r.²

Niemiecki polityk z takim samym zaangażowaniem zajmował się sprawami wewnętrznymi swojego kraju³, jak kwestią zjednoczenia kontynentu. Patrząc na sytuację Niemiec doszedł do wniosku, że europejska integracja to jedyna droga do odbudowy państwa. Stał na stanowisku, że tylko w ten sposób, a nie jak dawniej sięgając po argumenty siłowe, uda się Niemcom ponownie zostać podmiotem stosunków międzynarodowych. Był zdania, że szanując interesy swoich sąsiadów,

² K. Ruchniewicz, *Konrad Adenauer*, <http://www.kas.de/polen/pl/pages/3420> (odczyt: 23 VI 2011 r.).

³ Adenauer zmierzał w polityce wewnętrznej do utrwalenia społecznej gospodarki rynkowej oraz rozwiązania skomplikowanych problemów społecznych, w tym głównie ograniczenie bezrobocia, wsparcie budownictwa mieszkaniowego i rolnictwa oraz integracji dużej liczby uchodźców i wypędzonych, jak również inwalidów wojennych w społeczeństwie zachodnioniemieckim, zob. E. Cziomer, *Zarys historii Niemiec powojennych 1945–1995*, Warszawa–Kraków 1997, s. 84; zob. też C. Williams, *Adenauer: The Father of the New Germany*, New York 2000; T. Risse, A. Engelmann-Martin, *Identity Politics and European Integration: The Case of Germany*, [w:] A. Pagden (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, Cambridge 2002, s. 294–296.

Niemcy będą miały swobodę działania w sprawach zagranicznych. Oznaczało to praktycznie zerwanie z myśleniem w kategoriach państwa narodowego⁴. Kanclerz twierdził wręcz, że ujęcie państwa, jakie istniało w XIX i na początku XX w., jest nie do przyjęcia. Taka wizja państwa zrodziła nacjonalizm, wywierający zgubny wpływ na europejskie życie i może on zaniknąć tylko w warunkach zjednoczenia kontynentu⁵. Adenauer uważał, że droga do odzyskania suwerenności Niemiec musi przebiegać stopniowo. Zakładał, że należy przyjąć odrodzenie niemieckiej państwowości, zerwać z polityką balansowania między Wschodem a Zachodem i związać nowe państwo z Europą Zachodnią. Był zdania, że nawet ograniczenia państwa zachodnio-niemieckiego będą pokonywane w miarę rozwoju jego współpracy z innymi krajami w ramach struktur europejskich⁶. Kanclerz postawił więc otwarcie na politykę tzw. *Westbindung*⁷.

Według Adenauera podziały Niemiec i Europy były spowodowane przez narastające sprzeczności między supermocarstwami. Powstanie RFN, a potem NRD spowodowało rozłam kontynentu na dwa zwalczające się bloki: zachodni na czele ze Stanami Zjednoczonymi i wschodni na czele z ZSRR. Adenauer obawiając się ZSRR, które jego zdaniem używało „polityki siły”, chciał zbudować silny blok zachodni⁸. Według

⁴ S. Sulowski, *Polityka europejska Republiki Federalnej Niemiec*, Warszawa 2004, s. 14–15.

⁵ W.S. Burger, *Zachodniemieccy politycy wobec jedności Niemiec i Europy (1945–1990)*, Toruń 2006, s. 107.

⁶ R. Kochnowski, *Spór o Niemcy. Problem niemiecki w myśli politycznej Konrada Adenauera i Kurta Schumachera w latach 1945–1952*, Katowice 1999, s. 51.

⁷ Zgodnie z tą polityką Niemcy koncentrowały się na budowaniu wspólnej przyszłości ze zintegrowaną Europą Zachodnią. Oficjalnie potwierdzono to w formie uchwały Bundestagu z 1952 r., zgodnie z którą Niemcy były przygotowane do „zawarcia europejskiego paktu związkowego i stworzenia ponadnarodowej władzy związkowej”, zob. S. Płóciennik, *Europejska integracja gospodarcza w polityce RFN (1949–2000)*, Wrocław 2004, s. 38. Jak twierdzi Christian Graf von Krockow (*Niemcy. Ostatnie sto lat*, Warszawa 1997, s. 275), niewątpliwie integracja z Zachodem wydawała się dla Adenauera ważniejsza niż wszelkie formy upartego trwania przy własnych racjach narodowych.

⁸ K. Ruchniewicz, *Stosunek Adenauera do Polski i Polaków*, [w:] H.P. Mensing, K. Ruchniewicz (red.), *Konrad Adenauer. Człowiek, polityk i mąż stanu*, Warszawa 2003, s. 81–82.

Stanisława Naruszewicza kanclerz dążył do zjednoczenia Europy Zachodniej, ponieważ mogło to przyczynić się do obrony tego obszaru przed sowieckimi wpływami. Niemiecki przywódca był zdania, że dopiero gdy państwa zachodnie będą wspólnie działać, będą mogły rozpocząć rokowania ze Związkiem Radzieckim, które będą miały na celu wyzwolenie strefy sowieckiej – zniewolonej Europy na wschód od żelaznej kurtyny. W jednym ze swych przemówień powiedział nawet, że dopóki państwa europejskie nie będą ze sobą współpracować i nie stworzą najpierw wspólnoty ekonomicznej, a potem politycznej i militarnej, to nikt nie będzie chciał podjąć z nimi negocjacji, a Europa nie będzie liczyć się na arenie międzynarodowej⁹.

Adenauer w swej europejskiej polityce dużo miejsca poświęcił też stosunkom niemiecko-francuskim. Kanclerz zdawał sobie sprawę, że porozumienie między Niemcami a Francuzami może być podwaliną zjednoczenia Europy Zachodniej. Z tego też powodu sojusz z Francją był dla niego priorytetem w działaniach integracyjnych. Jego celem było wyleczenie Francji z niemieckiego kompleksu oraz odbudowa zaufania w kontaktach tych dwóch sąsiadujących ze sobą państw. Wielkim sukcesem starań Adenauera o instytucjonalizację francusko-niemieckiej współpracy był Traktat Elizejski podpisany w styczniu 1963 r. przez przywódców obu państw¹⁰. Nawet generał de Gaulle, patrząc na politykę Adenauera, żywił przekonanie, że więzy, które niegdyś łączyły Francuzów i Niemców z południa powinny odżyć, aby pomóc w budowie zjednoczonej Europy. Według de Gaulle'a Francja i Niemcy musiały przestać myśleć o przeszłości, rozpocząć współpracę i budować wspólną przyszłość¹¹.

⁹ S. Naruszewicz, *Konrad Adenauer. Kanclerz i Europejczyk*, Białystok 2004, s. 90. Adenauer zwracał uwagę, że tylko solidarne poparcie idei zjednoczenia Europy (także przez Wielką Brytanię) pozwoli obronić się przed komunizmem i ekspansją ZSRR, zob. R. Łoś, *Wschodnia polityka kanclerza Konrada Adenauera*, Łódź 2003, s. 45; zob. też K. Adenauer, *Erinnerungen 1955–1959*, Stuttgart 1989, s. 437–483.

¹⁰ J. Miecznikowska, *Niemieckie koncepcje zjednoczenia Europy*, [w:] S. Sulowski (red.), *Polska i Republika Federalna Niemiec w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2007, s. 50.

¹¹ W. Bokajło, *Koncepcja Europy Konrada Adenauera i jej realizacja w praktyce politycznej w latach 1945–1954*, Wrocław 1995, s. 23.

Adenauer był świadomy tego, że zjednoczenie Europy nie nastąpi w wyniku jakiejś jednej, wielkiej operacji, a będzie to raczej proces stopniowy i długotrwały. Uważał, że należy go rozpocząć od integracji gospodarczej, a ta przygotuje grunt pod integrację polityczną¹². Chcąc pokrótce przedstawić politykę europejską Adenauera, można wyróżnić trzy etapy jej realizacji. Pierwszy z nich obejmuje lata 1949–1955. Określa się go jako pasywny, gdyż RFN mając ciągle ograniczoną suwerenność, realizowała jedynie założenia polityki europejskiej wypracowane przez mocarstwa zachodnie. W tym okresie nastąpiła z inicjatywy przywódców największych europejskich państw integracja RFN ze strukturami gospodarczymi, militarnymi oraz politycznymi zachodniej Europy. Integracja europejska była wtedy jednym z głównych celów polityki niemieckiej. Kanclerz natomiast pozostawał pod wpływem wizji federalistycznych i postulował, aby państwa zachodnioeuropejskie zrzekły się swej suwerenności na rzecz jednego europejskiego państwa związkowego – miały to być Stany Zjednoczone Europy. Struktura ta charakteryzowałaby się uniwersalizmem politycznym, służącym przewyższeniu narosłych w przeszłości konfliktów i antagonizmów na tle państwowym, narodowym oraz gospodarczym. W zamyśle Adenauera powstanie Stanów Zjednoczonych Europy było uzależnione od odbudowania europejskiej wspólnoty narodów, w której każdy naród wniósłby swój konieczny wkład do europejskiej cywilizacji¹³.

W tym okresie kanclerz podkreślał też potrzebę stworzenia armii europejskiej, która miałaby chronić Europę przed zagrożeniem komunistycznym. Drugi etap europejskiej polityki Adenauera zamykają lata

¹² Można pokusić się o stwierdzenie, że w koncepcji Adenauera zjednoczenie gospodarcze miało być najsolidniejszym i najlepszym podłożem dla jedności politycznej oraz miało być krokiem do stworzenia ponadnarodowej Europy. Zob. też K. Adenauer, *Erinnerungen 1945–1953*, Stuttgart 1987, s. 295–340.

¹³ Bardzo ważne dla kanclerza było budowanie europejskiej tożsamości, która miała być przesłanką rzeczywistej integracji. Pojęcie europejskości definiowane było przez Adenauera jako całokształt stosunków kulturalnych i wartości, składających się na szeroko rozumianą strukturę cywilizacyjną. Wspólnota zaproponowana przez niemieckiego przywódcę miała opierać się też w dużej mierze na egalitaryzmie narodowym, jednak przede wszystkim należało ją zbudować na wartościach politycznych i moralnych ukształtowanych przez zachodnioeuropejską cywilizację, zob. W. Kozub-Ciembroniewicz, *Konrad Adenauer. Personalizm i tradycjonalizm*, Kraków 2000, s. 38–39.

1955–1958¹⁴. RFN uzyskała wtedy po raz pierwszy możliwość aktywnego udziału w realizacji własnych pomysłów w polityce zagranicznej. Adenauer podkreślał, że należy popierać dotychczasową integrację w postaci Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (EWWiS). Sprawnie działał też nad utworzeniem wspólnego rynku. Kiedy 25 marca 1957 r. podpisano traktaty rzymskie ustanawiające EWG i EURATOM, Adenauer ocenił jako wielki krok na drodze do zjednoczonej Europy. Lata 1958–1963, okres trzeci, nazywany okresem „gaullistowskim”, to czas pogłębiania integracji EWWiS, ale w wyniku wielu niespodziewanych zdarzeń¹⁵, które zepchnęły proces integracji na dalsze tory, zostało zatrzymane poszerzenie organizacji o nowe państwa, do czego tak dążył niemiecki polityk¹⁶. Kanclerz bronił stanowiska, że nie można ograniczać z góry liczby państw w federacji, ponieważ los Europy to los każdego państwa europejskiego. Pole działania powinno być w tym wymiarze dość szerokie. Polityk uważał, że po akcesji nowych państw do wspólnoty korzyści gospodarcze z takiego posunięcia będą widoczne od razu, a polityczne pojawią się z czasem¹⁷.

W związku z tym, że Adenauer był przedstawicielem partii chrześcijańsko-demokratycznej¹⁸, należałoby się bliżej przyjrzeć aksjologicznym aspektom jego projektu budowy zjednoczonej Europy. Polityk uważał,

¹⁴ Więcej na temat tego okresu zob. H.P. Schwarz, *Das Aussenpolitische Konzept Konrad Adenauers*, [w:] R. Morsey, K. Reppen (Hrsg.), *Adenauer Studien I*, Mainz 1971, s. 105.

¹⁵ W okresie tym politykę międzynarodową zdominowały: drugi kryzys berliński i kryzys sueski. Problemem była też niechęć Francji do poszerzenia wspólnoty, a także pogorszenie się stosunków amerykańsko-francuskich.

¹⁶ K. Ruchniewicz, *Adenauer a Europa. Polityka europejska pierwszego kanclerza (1949–1963)*, Warszawa 2001, s. 25–32.

¹⁷ J. Łukaszewski, *Cel: Europa. Dziewięć esejów o budowniczych jedności europejskiej*, Warszawa 2002, s. 183.

¹⁸ Konrada Adenauera, Roberta Schumana i Alcide’a de Gasperiego łączyła (oczywiście oprócz tego, że wszyscy trzej wnieśli wielki wkład w proces jednoczenia Europy) przynależność do partii chrześcijańsko-demokratycznych, ruchu, który rozwinął się po II wojnie światowej. Z uwagi na to Ojcowie Europy często nawiązywali do swych chrześcijańskich przekonań w kontekście budowy „wspólnego europejskiego domu”. Konrad Adenauer należał do zachodnoniemieckiej Unii Chrześcijańsko-Demokratycznej, Alcide de Gasperi do włoskiej Demokracji Chrześcijańskiej, a Robert Schuman do francuskiego Ruchu Republikańskiego.

że wartości i tradycje chrześcijańskie powinny być najtrwalszymi fundamentami zintegrowanej Europy¹⁹. Dla kanclerza przykazania chrześcijańskie i nauka Kościoła to elementy niezmiennie, które kształtowano od wieków, dlatego warto na nich oprzeć budowę zjednoczonego kontynentu²⁰. Niemiecki kanclerz był zdania, że polityczne, gospodarcze i militarne zjednoczenie Europy pozwoli na rozwiązywanie konfliktów między państwami w drodze pokojowej i zbuduje poczucie bezpieczeństwa ludności europejskiej, tym samym zwalczając odradzające się nacjonalizmy²¹. Uważał, że powojenna Europa to obraz zmagających ludzi, odwołujących się do wartości chrześcijańskich, z systemem materialistycznym. Tylko duchowe siły religii zdolne są do odbudowy Europy i świata. Sam Adenauer twierdził, że „chrześcijański Zachód, do którego duchowo i kulturalnie zalicza się także Ameryka, musi być wspólnym celem wszystkich świadomych, odpowiedzialnych chrześcijan”²². Kanclerz chciał, aby wartości chrześcijańskie na nowo stały się ważne w życiu publicznym. Uważał, że rozbudowanie stosunków międzynarodowych wśród katolików pomoże stworzyć miary norm chrześcijańskich dla stosunków między narodami. Uniwersalna tradycja i organizacja Kościoła katolickiego były dla Adenauera punktem wyjścia jego przyszłościowej wizji Europy. Kościół nie był przy tym bezpośrednim fundamentem nowej Europy, lecz pośrednio stał u źródeł jej ducha. Polityk choć nie był teologiem, to zdaniem Krzysztofa Góździa dobrze rozumiał Kościół jako wzór zjednoczenia²³.

¹⁹ „Ta prawdziwa, nowa Europa, ten wspólny i rodzicielski dom wszystkich Europejczyków, winien być szansem tradycji zachodniej i chrześcijańskiej, źródłem siły duchowej i miejscem pracy pokojowej. Taka Europa bez wątpienia będzie się musiała obronić przed wszystkimi, którzy grożą pokojowi i wolności, ale sama nie jest niczym wrogiem”, cyt. za: J. Chodorowski, *Niemiecka doktryna gospodarki wielkiego obszaru (Grossraumwirtschaft) 1800–1945*, Wrocław 1972, s. 159.

²⁰ J. Miecznikowska, *Chadecja niemiecka wobec integracji europejskiej w latach 1949–1998*, Warszawa 2007, s. 84.

²¹ K. Góźdz, *Konrad Adenauer – chadeccka koncepcja Europy*, [w:] C. Bartnik (red.), *Fenomen Europy*, Radom 2001, s. 308, 313; zob. też K. Adenauer, *Würdigung und Abschied*, Stuttgart 1967, s. 63–67.

²² Cyt. za: W. Bokajto, *op. cit.*, s. 50–51.

²³ K. Góźdz, *Chrześcijańska wizja Europy według Konrada Adenauera*, [w:] *Konrad Adenauer – Europa chrześcijańska. Dokumentacja polsko-niemieckiej sesji naukowej, 15–16 grudnia 1994 r.*, Lublin 1995, s. 117, 121.

Adenauer stał na stanowisku, że integracja europejskich krajów zagwarantuje poszanowanie dla wolności i godności oraz pozostałych podstawowych praw każdego człowieka²⁴. To właśnie pojedyncza jednostka, a nie państwo czy jakiś anonimowy twór państwowy, powinna być stawiana na pierwszym miejscu w zjednoczonej Europie. Anneliese Popping stwierdziła, że Europa nie była dla Adenauera celem samym w sobie, ale urzeczywistnieniem sposobu życia, w którym szanuje się wartość i godność człowieka²⁵. Kanclerz znalazł źródło swego personalizmu w chrześcijaństwie, a wiara była dla niego przesłanką prowadzenia polityki humanistycznej. Jedną z najważniejszych dla kanclerza zasad była wolność człowieka²⁶. Według Adenauera wolność była faktem niezależności, niemieszania się innych, także państwa w sferę prywatności jednostki. Natomiast aktywny wymiar wolności urzeczywistniał się przez współdziałanie i współkształtowanie życia społecznego i politycznego, także w wymiarze europejskim²⁷.

Patrząc na dorobek polityczny Konrada Adenauera bez wątplenia można stwierdzić, że problem zjednoczenia Europy był jednym z centralnych punktów jego działalności. Jak słusznie zauważył Krzysztof Ruchniewicz: „Adenauer nie był teoretykiem, ale praktykiem polityki europejskiej. Zdawał sobie też sprawę, że przyszły kształt zjednoczonej Europy narodzi się w toku debat, licznych dyskusji i trudnych negocjacji. Sam twardo nie opowiadał się za żadną konkretną koncepcją, choć podkreślał niejednokrotnie, że najważniejsze jest stworzenie wspólnoty politycznej”²⁸. Nie można też pominąć tego, iż kanclerz dzięki swej konsekwentnej polityce europejskiej nie tylko wy dobył RFN z powo-

²⁴ Potrzeba zagwarantowania tych podstawowych praw człowieka wynikała z doświadczeń II wojny światowej, podczas której były one łamane.

²⁵ A. Popping, *Konrad Adenauer a Europa. O motywach jego polityki europejskiej*, [w:] *Konrad Adenauer – Europa chrześcijańska...*, s. 84.

²⁶ Adenauerowska koncepcja wolności wywodziła się przede wszystkim z głębokiego podziwu dla kultury Zachodu, będącej dla polityka mieszanką kultury antycznej i chrześcijańskiej.

²⁷ A. Marszałek, *Z historii europejskiej idei integracji międzynarodowej*, Łódź 1996, s. 196.

²⁸ K. Ruchniewicz, *Adenauer a Europa...*, s. 36.

jennej zapaści, lecz także zbudował fundament przyszłej pozycji Niemiec w nowej Europie²⁹.

Bardzo istotny wpływ na proces integracji europejskiej wywarł też francuski polityk Robert Schuman. Urodził się 29 czerwca 1886 r. w Clausen w Wielkim Księstwie Luksemburga, skąd pochodziła jego matka. Ojciec wywodził się zaś z Lotaryngii. W latach 1896–1903 uczył się w gimnazjum w Luksemburgu, gdzie zdał maturę. By móc studiować na niemieckich uniwersytetach, ponowił egzamin w Metz, który wówczas należał do Niemiec. Studiował prawo w Bonn, Monachium, Berlinie i Strasburgu, gdzie w 1910 r. uzyskał tytuł doktora nauk prawnych. Dwa lata później zdał egzamin sędziowski i otworzył kancelarię adwokacką w Metz. Podczas I wojny światowej znalazł się w niemieckim batalionie pracy – do 1918 r. był bowiem obywatelem niemieckim. Nie brał jednak udziału w walkach, będąc uznanym za niezdolnego do służby wojskowej. Od 1919 r. zasiadał w Zgromadzeniu Narodowym w Paryżu, reprezentując katolicką partię lotaryńską. Po wybuchu II wojny światowej Schuman pełnił funkcję podsekretarza stanu w rządzie Paula Reynaude’a i był odpowiedzialny za sprawy uchodźców. W 1940 r. został aresztowany przez hitlerowców i osadzony w więzieniu w Metz. Tylko dzięki wsparciu ze strony naczelnego sędziego Lotaryngii udało mu się uniknąć obozu koncentracyjnego. Następnie został przewieziony do Neustadt w Palatynacie, gdzie przebywał pod nadzorem niemieckiej policji. W 1942 r. uciekł z Niemiec i do 1944 r. ukrywał się w klasztorach na terenie Francji. W 1945 r. przyłączył się do Partii Chrześcijańskich Demokratów. W IV Republice (1946–1958) Schuman szybko stał się kluczową postacią polityki francuskiej. W 1946 r. pełnił funkcję ministra finansów, by na prośbę prezydenta Vincenta Aureola stanąć na czele rządu (1947–1948). Funkcję szefa rządu sprawował krótko, ale miał znaczne osiągnięcia w polityce międzynarodowej – jako premier sprawił, że Francja stała się największym beneficjentem pomocy amerykańskiej w ramach Planu Marshalla, a ponadto przyczynił się do silnego zaangażowania Francji w utworzoną w 1948 r. Organizację Europejskiej Współpracy Gospodarczej zajmującej się wdrażaniem tego planu. Warto zaznaczyć, że to on przyczynił się do włączenia do statutu Rady

²⁹ *Ibidem*, s. 33.

Europy konwencji dotyczącej ochrony praw człowieka. W marcu 1958 r. Schuman został jednogłośnie wybrany pierwszym przewodniczącym Zgromadzenia Parlamentarnego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, powołanej na mocy Traktatu Rzymskiego z 1957 r. Na czele Parlamentu Europejskiego stał do marca 1960 r., po czym został jego honorowym przewodniczącym. Zmarł we wrześniu 1963 r.³⁰

Robert Schuman początkowo odnosił się do procesu integracji Europy z dość dużą ostrożnością i minimalizmem stawianych postulatów. Zdawał sobie sprawę, że integracji Niemiec i Francji mogą nie poprzeć Europejczycy. Uważał jednak, że porozumienie państw europejskich (włącznie z Niemcami) jest konieczne, aby Europa nie była zależna od dwóch supermocarstw. Schuman zauważył też, że Niemcy mogą stwarzać zagrożenie wtedy, gdy pozostawione są same sobie, dlatego trzeba wyciągnąć zwyciężony kraj z izolacji. W jego zamyśle należało przeorganizować kontynent, dokonując jego zjednoczenia, aby w ten sposób zbudować solidarność między europejskimi narodami³¹. Schuman nie dawał wiary w „determinizm nieprzejednanego konfliktu” Francji z Niemcami. Chciał, aby między tymi narodami nastąpił pokój. Twierdził, że współpraca tych krajów przyczyni się do poprawy sytuacji w Europie.

Schuman zapisał się na kartach historii przede wszystkim ogłoszeniem 9 maja 1950 r. planu utworzenia Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali³² – inicjatywa ta nazywana została planem Schumana³³. Polityk

³⁰ Zob. S. Mikke, A. Zakrzewska, *Co każdy adwokat o Robertcie Schumanie wie-dzieć powinien?*, Palestra, 2003, nr 9–10.

³¹ G. Audisio, A. Chiara, *Twórcy zjednoczonej Europy. Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide de Gasperi*, Warszawa 2007, s. 60–61.

³² Układ o Europejskiej Wspólnocie Węgla i Stali (EWWiS) został podpisany w Paryżu 18 kwietnia 1951 r. Do EWWiS przystąpiło sześć państw (Francja, RFN, Belgia, Holandia, Luksemburg i Włochy). Więcej na ten temat zob. W.S. Burger, *Europejskie procesy integracyjne*, Szczecin 2000; W. Nicoll, T.C. Salmon, *Zrozumieć Unię Europejską*, Warszawa 2002; Z. Czachór, *System europejskiej współpracy politycznej w integrowaniu Europy*, Toruń 1994.

³³ Należy tu nadmienić, że plan Schumana powstał na podstawie projektu Jeana Monneta. Polityk ten również należał do entuzjastów jednoczenia się Europy. Opowiadał się za sektorowym ujęciem integracji. Postulował, aby sfery działalności władzy poszczególnych państw były stopniowo przenoszone pod kontrolę ponadnarodową. W swoim projekcie zawarł propozycję podporządkowania francuskiej i niemieckiej

wyłaszczając swoje przemówienie wypowiedział wiele znamienych zdań: „Europa nie powstanie od razu i jako konstrukcja całości, będzie się budować poprzez konkretne realizacje, tworząc w pierwszym rzędzie faktyczną solidarność. Zespolenie narodów europejskich wymaga, aby odwieczne przeciwieństwa między Francją i Niemcami zostały wyeliminowane. Zespolenie produkcji węgla i stali zapewni bez zwłoki stworzenie wspólnych podstaw rozwoju ekonomicznego, pierwszego etapu Federacji Europejskiej. (...) Przez zespolenie podstawowych produkcji i ustanowienie nowej Wysokiej Władzy, której decyzje będą wiążące dla Francji, Niemiec i krajów, które się do nich przyłączą, ta propozycja położy pierwsze podwaliny Federacji Europejskiej niezbędnej dla zachowania pokoju”. Jerzy Łukaszewski stwierdził, że deklaracja ta była połączeniem idealizmu i ambitnej wizji z metodą pragmatyczną, opartą na głębokiej znajomości społeczeństw, historii i sceny międzynarodowej. Pragmatyzm ten wyrażał się w przeświadczeniu, że nie nadszedł jeszcze moment zrzeczenia się suwerenności przez państwa narodowe³⁴. Dla Schumana integracja międzynarodowa powinna opierać się na „dobru wspólnym”, a dobrem tym jest „zbiorowa suwerenność”. Uznanie „dobra wspólnego” jako najwyższej motywacji w postępowaniu państw nie oznacza, że wyrzekają się one swej niezależności. Zdaniem francuskiego polityka państwo i suwerenność są fundamentem każdego cywilizowanego społeczeństwa. Budowanie wspólnoty europejskiej powinno być więc oparte na niezawisłych krajach i narodach, które razem ze wspólnotą, jako całością, zbudują tę „zbiorową suwerenność”³⁵.

produkcji węgla i stali wspólnemu organowi administracyjnemu, z możliwością przystąpienia do tej inicjatywy sąsiednich krajów europejskich, zob. K. Łastawski, *Od idei do integracji europejskiej*, Warszawa 2003, s. 143–144; P. Fontaine, *Nowa idea dla Europy. Deklaracja Schumana – 1950–2000*, Warszawa 2004, s. 11–12; J. Łukaszewski, *Cel: Europa...*, s. 100–105; zob. też M. Holland, *Jean Monnet and the Federal Functionalist Approach to European Union*, [w:] P. Murray, P. Rich (edd.), *Visions of European Unity*, Boulder 1996, s. 93–105; D. Brinkley, C. Hackett (ed.), *Jean Monnet: The Path to European Unity*, New York 1999.

³⁴ J. Łukaszewski, *Robert Schuman – człowiek, myśl, dzieło*, [w:] M. Borysewicz (red.), *Ojcowie współczesnej Europy. Materiały z konferencji*, Warszawa 1993, s. 20.

³⁵ A. Marszałek, *Suwerenność a integracja w perspektywie historycznej. Spór o istotę suwerenności i integracji*, Łódź 2000, s. 305.

Jak zauważa Guido Vanheeswijck, mimo że Schuman realizował projekt zjednoczenia Europy poprzez konkretne działania i decyzje, to jednak snuł też teoretyczne refleksje nad fundamentami przyszłej jedności europejskiej. Zdaniem francuskiego polityka Europa oparta jedynie na procedurach nigdy nie wzbudzi entuzjazmu, a tym samym nigdy naprawdę nie powstanie. Zjednoczenie kontynentu nie może dokonać się bez sięgnięcia do źródeł chrześcijańskich³⁶. Francuski przywódca był rzecznikiem personalizmu chrześcijańskiego. Dla niego jednostka, w jej godności i powinności, była najwyższym dobrem każdej wspólnoty społecznej³⁷. Nawiązując do wyznawanego przez siebie personalizmu, podkreślał Schuman, że europejskość zasadza się na poszanowaniu praw osoby ludzkiej, godności człowieka, praw indywidualum ludzkiego, wolności osobistej w respekcie dla praw innych oraz na uszanowaniu każdego bliźniego³⁸.

Chrześcijaństwo i jego wartości powinny być według Francuza podstawą polityki europejskiej; powinno to też pomóc w zmaganiach z wojującym komunizmem. Europa występując w duchu chrześcijańskim może budować pokój, nie tylko od strony gospodarczej i militarnej, ale także od strony duchowo-moralnej³⁹. Jak napisał sam Schuman: „Chrześcijaństwo uczy równości z natury wszystkich ludzi, bez względu na rasę, kolor skóry, klasę i zawód. Przyczyniło się do przyznania pierwszeństwa wartościom wewnętrznym, jedynym wartościom uszlachetniającym człowieka. Uniwersalne prawo miłości i miłosierdzia uczyniło każdego człowieka naszym bliźnim. Właśnie na tym prawie powinny opierać się stosunki społeczne w Europie i w świecie. Gorzkie doświadczenia brutalnej władzy Hitlera i Stalina muszą nas skłonić do refleksji nad chrześcijańskimi podstawami Europy, tak abyśmy mogli zbudować demokratyczny model władzy osadzony na tych wartościach. Tylko z pojednania wyłoni się wspólnota ludów solidarnych i wolnych”⁴⁰.

³⁶ G. Vanheeswijck, *Jak przezwyciężyć politykę przemilczenia?*, [w:] J. Sweeney, J. van Gerwen (red.), *Chrześcijaństwo a integracja europejska*, Kraków 1997, s. 68.

³⁷ A. Marszałek, *op. cit.*, s. 306.

³⁸ J. Kurczewski, *Mysł polityczna Roberta Schumana – jej znaczenie dla współczesnej Europy i Polski* [w:] *Ojcowie współczesnej Europy...*, s. 122.

³⁹ J. Wahl, *Robert Schuman. Ojciec Europy*, Gliwice 1999, s. 32.

⁴⁰ R. Schuman, *Dla Europy*, Kraków 2009, s. 34–35.

Jerzy Łukaszewski był zdania, że sympatia tego polityka dla idei europejskiej „wypływała spontanicznie z jego zadomowienia w dwóch wielkich kulturach i jego zakorzenienia w ziemi lotaryńskiej, gdzie zawsze były żywe tradycje Cesarstwa średniowiecznego, owej *Respublica Christiana*, którą współbudował i której patronował papieski Rzym. Schuman Ignął do tych tradycji, też dlatego iż był katolikiem. Ten fakt określił jego miejsce w polityce. Związał się bowiem z ugrupowaniami odwołującymi się do wartości chrześcijańskich”⁴¹. Według Schumana wiara chrześcijańska musi mieć swoje odbicie w podejmowaniu decyzji w sprawach publicznych (także w sprawach integracji europejskiej). Trzeba jednak oddzielić władzę świecką od władzy kościelnej, ponieważ mają one zupełnie inne zakresy odpowiedzialności. Według francuskiego ministra Kościół katolicki powinien być czymś na wzór autorytetu moralnego, który będzie uznawany przez większość obywateli Europy i będzie propagował solidarność wierzących wszystkich krajów. Schuman podkreślał także rolę Stolicy Apostolskiej⁴² w procesie zjednoczenia Europy. Uważał, że Watykan przez swoją niezależność, bezinteresowność i sprawiedliwość, a także dzięki swojej humanitarnej polityce, jest bardzo dobrym doradcą w kwestiach budowania solidarnej Europy o chrześcijańskich korzeniach⁴³.

Wydaje się, że związku z tym, iż Schuman był człowiekiem głęboko wierzącym, Giuseppe Audisio i Alberti Chiara nazwali książkę francuskiego ministra, będącą zbiorem jego pism i wystąpień, „ewangelią dla Europy”. Jak zauważyli, przekazuje ona dobrą nowinę o przemianie

⁴¹ J. Łukaszewski, *Francja a integracja europejska. Pół wieku ewolucji*, [w:] J. Kranz, J. Reiter (red.), *Drogi do Europy*, Warszawa 1998, s. 59.

⁴² Przeciwnicy polityczni zarzucali zarówno Schumanowi, jak i Adenauerowi i de Gasperiemu działanie według wskazówek Watykanu. Szef francuskich socjalistów Guy Mollet twierdził, że „»trójka« Schuman – Adenauer – De Gasperi stanowi czołowe gremium politycznych legionów »Vaticformu« – katolickiej przeciwwagi dla komunistycznego »Kominformu«, biura koordynującego politykę państw obozu sowieckiego”, cyt. za: A. Gruszczak, *Święci Europy. De Gasperi, Adenauer i Schuman: dokonali cudu, scalili kontynent*, Wprost, 23/2003, s. 76. De Gasperi, gdy usłyszał, że jest człowiekiem Watykanu, w oficjalnym w przemówieniu do profesorów uniwersyteckich z 1946 r. powiedział, że nie miał kontaktów ani żadnych związków z polityką watykańską, zob. M.R. Catti de Gasperi, *De Gasperi. Polityk i człowiek*, Londyn 1968, s. 213.

⁴³ R. Schuman, *op. cit.*, s. 36, 40.

Europy z militarystycznej, dominującej i agresywnej w pokojową, solidarną i braterską. Według nich, gdy polityk w swym „testamencie dla Europy” przypomina wkład chrześcijaństwa w europejską cywilizację⁴⁴, uważa tym samym, że Europa powinna czuć się w obowiązku kultywowania i propagowania swoich chrześcijańskich zasad współpracy⁴⁵.

Kolejnym z „ojców założycieli Europy” był włoski premier Alcide de Gasperi. Urodził się 3 kwietnia 1881 r. w Pieve Tesino w regionie Trentino (Trydent) na pograniczu północnych Włoch i Austro-Węgier w rodzinie urzędniczej. W 1905 r. ukończył studia filozoficzne we Wiedniu, tam też uzyskał tytuł doktora. W Wiedniu założył Katolicki Akademicki Związek Młodzieży Włoskiej. Były to początki jego politycznej drogi, ponieważ w 1919 r. związał się z Partią Chrześcijańsko-Demokratyczną. W 1927 r. został aresztowany i skazany na 2,5 roku więzienia. Ułaskawiony po 16 miesiącach za wstawiennictwem biskupa Trydentu i papieża Piusa XI, został poddany nadzorowi policyjnemu. Resztę epoki faszyzmu „przeczekał” jako pracownik Biblioteki Watykańskiej, a pod pseudonimem C. Iaspar ogłaszał systematycznie studia historyczne i teoretyczne o katolicyzmie społecznym. W czerwcu 1944 r. de Gasperi został ministrem spraw zagranicznych w koalicyjnym Rządzie Tymczasowym. W 1947 r. zawarł traktat pokojowy z Aliantami, który mimo dość ciężkich warunków umożliwił objęcie Włoch amerykańską pomocą finansową. Po zdecydowanym zwycięstwie (48% głosów) chadecji w wyborach 18 kwietnia 1947 r. mógł już utworzyć rząd bez komunistów, choć w koalicji z liberałami, republikanami i antykomunistycznymi socjaldemokratami. De Gasperi był współinicjatorem utworzenia Rady Europy, przeforsował też przystąpienie Włoch do NATO. W 1950 r. poparł działania Schumana i Adenauera, a tym samym Włochy przystąpiły do Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali⁴⁶.

⁴⁴ Zdaniem kanclerza Niemiec Helmuta Kohla Schuman rozumiał zjednoczenie Europy jako sprowadzenie wielu kultur do jednego, wspólnego fundamentu chrześcijańskiego, zob. H. Konopka, *op. cit.*, s. 36.

⁴⁵ G. Audisio, A. Chiara, *op. cit.*, s. 84–85.

⁴⁶ Zob. P. Pombeni, G. Nobili Schiera, *Alcide de Gasperi: 1881–1954 – a political life in a troubled century*, *Modern Italy*, 14, 2009, No. 4, s. 379–397.

Europejska polityka integracyjna de Gasperiego opierała się na czterech celach. Pierwszy to niedopuszczanie do wybuchu wojen w Europie, które określał wojnami domowymi, a które przez wieki skrwawiły ziemię kontynentu. Drugi cel owej polityki uzasadniany był koniecznością proponowania młodym pokoleniom nowego, europejskiego ideału pokoju i nadziei, które były alternatywą w stosunku do tego, co dawała przeszłość, a więc do wojny i zdobywania. Trzeci wiązał się z możliwością przywrócenia Europie jej znaczenia i wielkiej roli w świecie. Czwartym było przekonanie, że zintegrowanie się Europy może pomnożyć energię gospodarczą, technologiczną i finansową kontynentu. Integracja traktowana była przez niego jako jedyny sposób uniknięcia w Europie nacjonalizmów i hegemonii mocarstw pozaeuropejskich⁴⁷.

De Gasperi budując europejską politykę, nie zapominał o narodowych interesach Włoch. Chciał poprzez integrację z innymi państwami wydobyć Włochy z izolacji międzynarodowej, przywrócić im rangę równoprawnego kraju europejskiego oraz nawiązać normalne stosunki dyplomatyczne ze wszystkimi państwami⁴⁸. Bardzo ważnym było także wyciągnięcie Włoch z gospodarczej zapaści⁴⁹. De Gasperi

⁴⁷ A. Marszałek, *op. cit.*, s. 203.

⁴⁸ Zob. też N. Kogan, *The Politics of Italian Foreign Policy*, New York 1963.

⁴⁹ K. Wiaderny-Bidzińska, *Polityczna integracja Europy Zachodniej*, Toruń 2002, s. 36–37. Po zakończeniu II wojny światowej Włochy były zdewastowane zarówno gospodarczo, jak i politycznie. Był to biedny, przeważnie wiejski kraj, który na odbudowę potrzebował ogromnych funduszy. Na dodatek system totalitarny został zastąpiony systemem demokratycznym, który kształtował się bardzo powoli. Polityczni liderzy wiedzieli więc, że aby podnieść kraj z kolan, trzeba jak najszybciej pozwolić Włochom powrócić do Europy i wspólnie z innymi państwami budować zjednoczony kontynent. De Gasperi stał na stanowisku, że tylko pełny udział Włoch w głównych inicjatywach innych europejskich krajów z bardziej stałymi demokratycznymi tradycjami pomoże we wzmocnieniu ich własnego systemu politycznego. Poprzez takie nastawienie aktywne zaangażowanie Włoch w europejską integrację stało się kluczowym składnikiem w powojennej polityce zagranicznej włoskiego państwa i zaangażowanie to konsekwentnie zostało utrzymane przez kolejne rządy i ministrów spraw zagranicznych, zob. T. Padoa-Schioppa, *Italy and Europe: A Fruitful Interaction*, Daedalus, 130/2001, s. 13. Podczas „ery de Gasperiego” Włochy zdobyły prestiż polityczny jako umiarkowany członek społeczności europejskiej oraz stały się miejscem cudu gospodarczego, zob. P. Johnson, *Historia świata od roku 1917 do lat 90-tych*, Londyn 1992, s. 775.

przedstawił także proces jednoczenia Europy jako budowanie zapory przeciwko działaniom partii komunistycznych i zagrożeniu sowieckiemu. Konfrontacja z komunizmem rodzimym i międzynarodowym silnie utwierdziła go w jego europejskich przekonaniach⁵⁰. De Gasperi kładł też nacisk na potrzebę integracji militarnej. To on był inicjatorem artykułu 38 projektu Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Obronnej (z 27 maja 1952 r.), mówiącego o potrzebie pilnej inicjatywy EWO na rzecz Wspólnoty Politycznej. Właśnie obawa przed rozprzestrzenieniem się komunizmu spowodowała, że de Gasperi bardzo zaangażował się w sprawy Europejskiej Wspólnoty Obronnej i Europejskiej Wspólnoty Politycznej⁵¹. Jego zdaniem łącząc instytucje wojskowe, uda się uniknąć napięć, które niegdyś doprowadziły do dwóch wielkich konfliktów światowych. W grudniu 1951 r. przemawiając w Strasburgu, otwarcie opowiedział się za wspólnotą obronną. Stwierdził wtedy, że pokój będzie zagwarantowany dzięki temu, że państwa członkowskie będą posiadały wspólne wojsko. Cel ten według niego zasługiwał na wszelkie możliwe wysiłki, a jego osiągnięcie zapisałoby się na kartach historii jako ważny element integracji Europy⁵².

Włoski polityk od młodych lat był ściśle związany z ruchem chrześcijańsko-demokratycznym, a we wszystkich jego działaniach przejawiała się głęboka religijność. Jego dewiza brzmiała: „Katolik, Włoch, demokrat – właśnie w tej kolejności”⁵³. Nazywając się sługą Kościoła rzymskiego, wierzył że katolicka wiara jest źródłem współdziałania i sprawiedliwości w wielkiej wspólnej Europie⁵⁴. Zdaniem polityka dążenie do jedności przyświecało ludziom od zarania dziejów. Według niego stosunki z innymi narodami powinny opierać się na zasadzie braterstwa, z której bierze początek wzajemne wzbogacanie duchowe, moralne i materialne. Aby zbudować zjednoczoną Europę, należy

⁵⁰ J. Łukaszewski, *Cel: Europa...*, s. 218.

⁵¹ K. Kik, *Ideowe barwy jednoczenia Europy. Europejski proces integracyjny w programach i w polityce głównych nurtów politycznych Europy Zachodniej*, Kielce 2005, s. 91–92.

⁵² G. Pischio, *Alcide de Gasperi – człowiek i dzieło*, [w:] *Ojcowie współczesnej Europy...*, s. 39.

⁵³ Cyt. za: P. Johnson, *op. cit.*, s. 773.

⁵⁴ M.R. Catti de Gasperi, *op. cit.*, s. 233.

połączyć swoje wysiłki i sięgnąć do źródeł chrześcijaństwa⁵⁵. Stary Kontynent zbudowany jest na uniwersalizmie chrześcijańskim, to dzięki niemu ludzie wierzący są w stanie przełamać granice kościołów i samego chrześcijaństwa. Dzięki niemu też Europejczycy są w stanie myśleć i dążyć do integracji opartej na powszechnej koncepcji chrześcijaństwa⁵⁶.

Rozważając motywację przyświecającą de Gasperiemu w jego publicznej aktywności na rzecz integracji kontynentu, możemy dostrzec ich kompleksowy charakter. Jego argumenty, którymi uzasadniał swój zjednoczeniowy projekt, częściowo były zbieżne z typową argumentacją chrześcijańskich demokratów, zgodnie z którą ponadnarodowe stowarzyszenie krajów europejskich pozwoli na przezwycięzenie ciasnego nacjonalizmu poprzez ograniczenie praw państwa na korzyść wspólnoty⁵⁷.

Tuż przed śmiercią de Gasperi na kongresie Partii Chrześcijańsko-Demokratycznej w Neapolu wygłosił swój europejski, polityczny testament. Powiedział wtedy, iż tylko jeśli Europa zostanie zjednoczona, będzie silna, a tylko wówczas kiedy będzie silna, zachowa wolność. Gdy de Gasperi zmarł, powszechnie mówiono o jego świętości. Tego zdania był ówczesny patriarcha Wenecji kardynał Angelo Roncalli (późniejszy papież Jan XXIII). Wskazywał on, że proces beatyfikacyjny ukazałby w pełnym świetle cnoty, jakimi w życiu kierował się polityk „inspirowany biblijną wizją życia, służbą Bogu, Kościołowi i Ojczyźnie”⁵⁸.

Idea wspólnej Europy nie była wyłącznie projektem gospodarczym, chodziło raczej o wspólnotę narodów złączonych chrześcijańską tradycją, która miała zapewnić Europie jedność⁵⁹. Dziś gdy Unia Europejska stała się faktem, nie można nie docenić działań tych, którzy tę zjednoczeniową drogę rozpoczęli i głęboko wierzyli w możliwość

⁵⁵ G. Audisio, A. Chiara, *op. cit.*, s. 195.

⁵⁶ O. Barié, *Myśl polityczna Alcide de Gasperiego – jej znaczenie dla współczesnej Europy i Polski*, [w:] *Ojcowie współczesnej Europy...*, s. 114.

⁵⁷ J. Stefanowicz, *Chrześcijańska demokracja*, Warszawa 1963, s. 232.

⁵⁸ Cyt. za: T. Sotowska, *Alcide de Gasperi (1881–1954)*, <http://ekai.pl/europa/dzie-dzictwo/x16950/alcide-de-gasperi/?print=1> (odczyt: 23.06.2011).

⁵⁹ A. Gruszczak, *op. cit.*, s. 75.

realizacji swoich założeń i marzeń. Krzysztof Szczerski uważa, że myśl zjednoczeniowa Schumana, Adenauera i de Gasperiego jest tak istotna dla rozwoju wspólnoty europejskiej, ponieważ oni dostrzegli łączność pomiędzy wartościami chrześcijańskimi a zarysowanym przez siebie projektem zintegrowanej Europy. Zbudowali solidne fundamenty pod dzisiejszą Unię Europejską – pokój, zaufanie, pojednanie, subsydiarność i solidarność. Ojcowie Europy byli przekonani, że jedność Starego Kontynentu, mimo wysiłków nie zrodzi się poprzez instytucję, ale poprzez postawy pojedynczych ludzi i wyznawane przez nich wartości, którym chcą służyć⁶⁰.

⁶⁰ K. Szczerski, *Wybór Europy. Katolik wobec polityki w Unii Europejskiej*, Kraków 2003, s. 17–18.

Kontrowersje wokół zagadnienia „legal transplants”

W artykule tym chciałabym przede wszystkim zbadać zjawisko „legal transplants”, które w polskiej teorii prawnej nie ma swojego odpowiednika. Analizując doktrynę anglosaską i poglądy stojące w opozycji do niej przytoczyłam przykłady transplantacji z różnych krajów. Nie zawężyłam przy tym pola obserwacji tylko do prawa europejskiego. Prezentowane przeze mnie ujęcia mogą stać się przyczynkiem do szerszej analizy na temat instrumentalnego charakteru prawa i jego roli w zglobalizowanym świecie.

Termin „legal transplants” wywodzi się z nauk zapoczątkowanych w 1970 r. przez Alana Watsona¹, który utrzymywał, że transplantacja prawna jest najbardziej urodzajnym źródłem prawnego rozwoju czy też najpowszechniejszą formą prawnych przemian². Różnice między importowanymi regulacjami prawnymi a ich pierwotnymi wersjami dostrzeżone przez badaczy były podstawą do krytyki tej „teorii”. Obóz przeciwników transplantacji prawnych, potocznie zwany obozem „kulturalistami”, wskazywał przede wszystkim na trudności i niebezpieczeństwa nieostrożnych transplantacji. Poglądy te zostały przedstawione bliżej przez O. Kahn-Freund³, a następnie wykorzystane przez Pierre’a Legranda. Ten ostatni przez wiele lat polemizował z A. Watsonem, stojąc na stanowisku niemożliwości transplantacji dokonywanych na gruncie prawnym.

Zjawisko „legal transplants” jest zastępowane przez pojęcia takie jak: „transpozycja”⁴, „zapożyczenie” czy „migracja”, częściej wska-

¹ Książka tego autora opublikowana została po raz pierwszy w Edynburgu w 1974 r. i nosi tytuł *Legal Transplants*.

² Szerzej zob. A. Watson, *Legal Origins and Legal Change*, London 1991, s. 73.

³ O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *Modern Law Review*, 37, 1974.

⁴ Por. E. Orici, *Law as Transposition*, *INT’L & COMP. L.Q.*, 51, 2002.

zuje się na proces dyfuzji lub pojęcie „legal acculturation”. Ostatniego terminu po raz pierwszy w ujęciu prawnym użył J.W. Powell w 1980 r. w sprawozdaniu dla Amerykańskiego Prezydium Etnograficznego, wyjaśniając, że odnosi ono do psychologicznych zmian wywołanych przez „cross-cultural imitation”. Akulturacja⁵ to proces polegający na kulturowej wymianie, któremu towarzyszy zazwyczaj stres odnoszący się do psychologicznych, somatycznych i społecznych problemów⁶. Dyfuzja natomiast jest procesem zmian prawnych w dzisiejszej dobie globalizacji odnoszącym się do relacji prawno-społeczeństwo i stanowi nowy obszar badań w XXI w.

Do rozpatrywania związków prawa między poszczególnymi państwami można by posłużyć się komparatystką – jest to rzecz oczywista. Trudno byłoby zrozumieć rzeczywiste pojęcie zachodniej tradycji prawnej bez uznania różnorodności reguł i stylów, które się na nią składają. „Takie analogie są skutkami prawnych przeszczepów, starożytnych, jak również współczesnych”⁷. Zarzut, jaki się pojawia w stosunku do prawa porównawczego w związku z przeszczepami, to brak „zainteresowania teoretycznymi wyjaśnieniami, dlaczego prawne zapożyczenie się zdarza”⁸, a skupienie uwagi jedynie na „liczeniu i egzaminowaniu podobieństw i różnic w systemach, które mają historyczne związki”⁹. Do momentu pojawienia się w teorii anglosaskiej zjawie-

⁵ Akademycki przykład akulturacji można odnaleźć w prawie Platona z IV w. p.n.e., który to twierdził, że ludzie mają tendencję do naśladowania obcych, zwłaszcza dzięki podróżom wprowadzając nowe praktyki kulturowe. Studia nad akulturacją przeprowadził w Polsce socjolog humanistyczny, ale także filozof F. Znaniecki w 1918 r. w pracy *Chłop polski w Europie i Ameryce*. Zakładał w swojej teorii, że człowiek i społeczeństwo mają wspólne cechy, są tworem historycznym, a sam człowiek działający i doświadczający jest zależny od przeszłości kulturalnej. Zależność ta ciągle wzrasta i dzisiaj jest on niezdolny do postrzegania świata inaczej niż przez pryzmat kultury.

⁶ Zagadnienie stresu po raz pierwszy zauważone zostało w pracy R. Redfield, R. Linton, M.J. Herskovits, *Memorandum for the Study of Acculturation*, *American Anthropologist*, 1936, Vol. 38, No. 1, s. 152. Określone tam zostało jako „konflikt psychologiczny”, mogący wynikać ze sprzecznych norm kulturowych.

⁷ U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, *International Review of Law and Economics* 1994, 14, s. 4.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, *Ius Commune Lectures*, no. 2, METRO 2000, s. 16.

ska będącego tematem tego artykułu, prawnicy wyjaśniając problem przeniesienia regulacji prawnych z jednego kraju do drugiego, najczęściej posługiwali się gołosłownym pomysłem „prestżu”. Alternatywą w związku z tym stała się teoria „legal transplants”¹⁰. Wśród komparatystów można zauważyć pewien rozłam na tych, którzy twierdzą, że prawo porównawcze jest w stanie wyjaśniać związki zachodzące między prawem i społeczeństwem¹¹, oraz tych, którzy stają w opozycji do rozpowszechnionego paradygmatu współczesnej prawnej teorii, jakoby prawo było rezultatem „odczucia społecznych potrzeb”¹².

P. Legrand wierzy, że filozofia prawa jest kluczem do zrozumienia prawa rządzącego społeczeństwem. Dla niego reguły prawa wyrażone w jednym państwie za pomocą pewnych słów, wyrażen nie stanowią tych samych reguł w innym państwie. Można by zgodzić się z tym poglądem poprzez uwzględnienie reguł semiotycznych języka prawnego, które należy rozpatrywać w przypadku dokonywania wykładni językowej przez sądy. Nie zgadza się także z poglądem, iż europejska historia prawna stanowi wkład do europeizacji prawnego myślenia. Za R.H. Helmholzem wskazuje na niebezpieczeństwo „przesadnego romantyzmu transformacyjnych sił *ius commune*”¹³. Przykładu dostarcza projekt kodeksu cywilnego dla Unii Europejskiej, który w przekonaniu niektórych ma być jedynie prostym technicznym zabiegiem, a trudności, jakie wynikną przy jego spisaniu, będą natury politycznej.

¹⁰ Termin ten może być rozumiany za A. Watsonem jako „przesunięcie reguły lub systemu prawnego z jednego kraju do drugiego” – A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens 1993, sec. edit., s. 21. Natomiast w wersji przedstawianej przez ekonomicznych analityków prawa przeszczep jest postrzegony jako jednostronny akt zmiany prawnego rozkazu, przez który władza jednego kraju importuje prawne normy z drugiego kraju.

¹¹ Wśród nich jest z pewnością P. Legrand.

¹² Według P. Legranda Watson postrzega komparatystyczne studia prawa jako naukę zajmującą się transplantacjami prawnymi, a te z kolei regułami prawnymi („legal rules”) – rozważane w izolacji od społeczeństwa (por. szerzej A. Watson, *The Evolution of Law*, Baltimore 1985). To podejście pozytywistyczne można wytropić w pracach Karola Marksa i Maxa Webera.

¹³ P. Legrand, *Legal Traditions in Western Europe. The Limits of Commonality*, [w:] R. Jagtenberg, E. Örüćü, A.J. de Roo (edd.), *Transfrontier Mobility of Law*, The Hague–London–Boston 1995, s. 66.

P. Legrand, jako przeciwnik wspólnotowego kodeksu, uważa, że projektowanie wspólnego prawa jest stratą czasu, ponieważ prawo będzie nadal różnić się w poszczególnych krajach: „Jak długo dwie kultury prawne odnoszą się względem siebie, różnice pomiędzy nimi dominują podobieństwa (...)”¹⁴. Twierdzi, że europejskie jurysdykcje wykształciły odmienne style i metody pracy, w związku z tym interpretacja będzie przesądzała o odmienności transplantowanych reguł prawnych. Ten punkt widzenia – czyli interpretacja ze względu na odmienne drogi prawnego myślenia i tradycje państwowe – stanowi sedno rozważań P. Legranda. Natomiast według A. Watsona w przypadku wystąpienia interpretacji to właśnie prawne szkoły zajmą się analizowaniem przypadków odmiennych i zasugerują najlepsze rozwiązania do wdrażania w przyszłości. „Reguły, instytucje, pojęcia i struktury mogą być zawsze określane namacalnie, mogą być łatwo sprawdzane do pisemnej formy i są przystępne”¹⁵. Przyczyny podobieństw tkwią właśnie w zapożyczeniach lub transplantacjach. Historia systemu prawa jest głównie historią zapożyczeń, o czym świadczy najstarszy przykład – podobieństwo sformułowań i substancji między Kodeksem Hammurabiego i Biblią Hebrajską (Księgą Wyjścia). W stosunku do tych dwóch aktów nie ma możliwości, aby prawne rozwiązania, które się tam znalazły, rozwijały się równoległe w obcych kulturach. Uczeni wskazują także na bezpośredni grecki wpływ na przepisy Prawa Dwunastu Tablic (pierwszej rzymskiej kodyfikacji, która nie przetrwała do dnia dzisiejszego). Nie można wierzyć, aby zapożyczona reguła mogłaby funkcjonować w ten sam sposób co w swoim pierwotnym państwie, a udana transplantacja porównana do ludzkiego organizmu – to taka gdy przeszczepione prawo stanie się częścią tego organizmu i „jako reguła bądź instytucja będzie kontynuowała jego rozwijanie się w macierzystym systemie”¹⁶. A. Watson nie zajmuje się w zasadzie interpretacją transplantowanego prawa we współczesnych przypadkach, a kwestie rozwoju transplantowanego prawa w nowej kulturze

¹⁴ P. Legrand, *Against a European Civil Code*, The Modern Law Review Limited, 1997, s. 45.

¹⁵ A. Watson, *Legal Transplants and European...*, s. 16.

¹⁶ A. Watson, *Legal Transplants. An Approach...*, s. 27.

uznaje za całkiem odrębny temat¹⁷. Raczej chodziło mu ukazanie tego, że identyczność zastanych reguł dowodzi o wiele większe podobieństwo między dwoma systemami prawnymi (np. *common law* i *civil law*), między którymi dochodziło do transplantacji prawa. Ponadto stanowi fundament do zrozumienia, jak, dlaczego i kiedy prawo zmieniało się oraz kierunki tych zmian i rozwoju w społeczeństwie. Wyróżnia trzy rodzaje dobrowolnych przeszczepów¹⁸: 1) kiedy ludzie przenoszą się na inne terytorium, gdzie nie ma żadnej porównywalnej cywilizacji prawnej i wdrażają swój porządek prawny; 2) ludzie przenoszą się na nowe terytorium, gdzie zastają podobną cywilizację, ale nadal pozostają przy prawach rodzimych; 3) kiedy ludzie dobrowolnie przyjmują dużą część systemu prawnego innego społeczeństwa.

Przez przeszczepy prawa autor rozumie także pojęcie „psychicznej transplantacji”¹⁹. Dotyczyła ona pracy Szkota T. Craiga z 1655 r. o fundamentalnych podobieństwach między Szkocją a Anglią. Pozycja ta była następnie wznowiona wiek później w Saksonii (Lipsk) przez L. Mencken pod nowym tytułem *Długo wyczekiwana praca przez Niemcy*. Autor tłumaczy ten zabieg niezmierną przydatnością dzieła w niemieckich sądach, nie ze względu na zainteresowanie rodzimym prawem szkockim, ale wartościową pozycją prawnego myślenia. Współcześnie przykładem przeszczepów o fundamentalnym znaczeniu dla A. Watsona jest budowa tureckiego systemu prawnego nazwana przez tureckiego profesora E. Öřücü z Uniwersytetu w Glasgow „rywalizacją prawnych systemów”. Teoria ta była podstawą kształtowania praw w latach 1924–1930 wybieranych spośród wielu europejskich systemów²⁰ bądź to w oparciu o prestiż regulacji, bądź o efektywność czy też o zwykły traf. Po selekcji tych praw zostały one przeszczepione (transplantowane), a następnie dostosowane do rozwiązania socjalnych

¹⁷ *Ibidem*, s. 20.

¹⁸ *Ibidem*, s. 29–30. Tłumaczy swoją koncepcję, która może stanowić alternatywę dla współcześnie przyjmowanych takich pojęć, jak: recepcja, infiltracja, krypto-recepcja, wszczepienie, narzucenie.

¹⁹ A. Watson, *Legal Transplants and European...*, s. 18.

²⁰ Dla przykładu prawo zobowiązań i procedura cywilna wzięta została ze Szwajcarii, prawo handlowe, małżeńskie i procedura karna z Niemiec, prawo karne z Włoch, a prawo administracyjne z Francji.

i prawnych problemów w Turcji. Jednocześnie wybór tych modeli prawnych może stanowić zapożyczenie „kulturowej legitymacji”, jako dążenie Turcji do ukazania związków z kulturą zachodnią, a przez to możliwość przystąpienia do Unii Europejskiej. Innym interesującym przykładem jest nowy włoski kodeks procedury karnej, który wprowadza procedurę akuzatoryjną taką jak w USA z wieloma pomysłami kompletnie nieznanymi kulturze *civil law*²¹.

W wielu przypadkach prawna transplantacja jest trudna do uodwodnienia, a „my jesteśmy wciąż na etapie gdzie nawet podstawowe czynniki, za pomocą których dokonuje się prawnych zmian, są niezrozumiałe”²². P. Legrand zastanawia się w jednym ze swoich artykułów, co oznacza dokładnie termin „legal transplants”? Hermeneutyczne poszukiwanie tego znaczenia doprowadza do pytania, czego dotyczy ten przeszczep – czy „legal” zredukowane do „rules” (reguły prawne) czy „the law”. Nie wskazuje jednocześnie, co ma na myśli przez szerokie pojęcie „the law”. Dochodzi jednak do przekonania, że autorowi tej teorii chodzi o „rules”, a A. Watson wskazując na „koczowniczy charakter reguł” dowodzi, że idea bliskich związków między prawem i społecznością jest mitem, ponadto transplantacja reguł („rules”) prawnych jest socjalnie prostym zabiegiem. „Zmiany w prawie są niezależne od współpracy społecznych, kulturalnych i historycznych substratów, są one raczej następstwem działania »rulet«, które są importowane z innego ustawodawstwa”²³. Należy zauważyć według P. Legranda, że kto wierzy w realność prawnych transplantacji, musiałyby zaakceptować fakt, że prawo zredukowane jest do pojęcia „rules”, a podróżujące w ten sposób „rules” pomiędzy jurysprudenjami są w pewnym stopniu bytami autonomicznymi, nieobarczonymi kulturowo, historycznie czy też epistemologicznie. Ale czy na pewno o to chodziło A. Watsonowi w wyjaśnianiu zjawiska „legal transplants”?

Autor „przeszczepów prawa” również wskazuje, że prawo jest częścią kultury. Jednak kultury tych, co tworzą prawo (prawników jako

²¹ U. Mattei, R. Pardolesi, *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, International Review of Law and Economics, 1991, 11, s. 270.

²² A. Watson, *Law and Legal Change*, Cambridge 1978, s. 320.

²³ P. Legrand, *What „Legal Transplants”?*, [w:] D. Nelken, J. Feest (edd.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford–Portland, Oregon, 2001, s. 55.

elity oraz populacji w ogólności). Dla niego prawo musi być szeroko rozumiane, aby rozpoznać jego proces tworzenia przez ustawodawców czy sędziów; reguła nie może być prawem, jeżeli nie jest przedmiotem kultury prawnej²⁴. Ta pozycja jest ważna dla czytelnika, gdyż wskazuje na kluczową dwuznaczność tego, co A. Watson rozumie pod pojęciem prawa. Nie daje on jednocześnie adekwatnego wytłumaczenia, w jaki sposób zachodzą interakcje pomiędzy jurysdykcjami²⁵; wpływać to może przede wszystkim z braku dostatecznego zdefiniowania pojęcia „rules” w jego dziełach. Nie należy jednak dziwić się, ponieważ autor przedstawia swoją teorię z punktu widzenia systemu *common law*; poniekąd „aby przedstawić system *common law* jako komplet reguł, należy narzucić obcą koncepcję”²⁶.

Według P. Legranda żadna forma słowa będąca regułą („rules”) nie może być całkowicie pozbawiona semantycznej treści, bo jego znaczenie nie jest nigdy samo wyjaśniające. Rozumienie „rules” nie może być akontekstualne, gdyż pełni funkcją aplikacji reguły na etapie stosowania prawa. Znaczenie to jest założeniem epistemologicznej asumpcji interpretatora, która jest względem siebie historycznie i kulturalnie uwarunkowana. Dodatkowo wskazuje w innym ze swoich artykułów, że „system prawny nie może być kojarzony w oparciu o reguły i pojęcia”, gdyż „reguły są w większości efemerycznymi i nieuchronnie przypadkowymi”²⁷. To narzędzia użyte przez prawników w celu poznania rzeczywistości, która w jakimś szacunku oprócz swojego ontologicznego istnienia, jest nieuchronnie konsekwencją własnych wyobrażeń sędziów i ustawodawców. W związku z tym każde pojęcie sugeruje pochodzenie. Przykładem mogą być studenci prawa, którzy w procesie szkolnictwa pozostają pod wrażeniem pewnych warto-

²⁴ A. Watson, *Legal Origins...*, s. 100.

²⁵ Wydawać by się mogło, że prawne zapożyczenie z innego systemu jest całkiem proste, jeśli prawodawca ma wolę i umiejętność, może wybrać regulację prawną o charakterze prestiżowym bądź też technicznie zaawansowaną, zob. R. Cotterrell, *Law, Culture and Society. Legal Ideas In the Mirror of Social Theory*, Aldershot 2006, s. 115.

²⁶ R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Pennsylvania 1992, s. 22.

²⁷ P. Legrand, *European Legal Systems are not Converting*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, 45, s. 55.

ści, poglądów, uprawnień i dyspozycji, a ta praktyczna świadomość pozwala na ich skonsolidowanie według kulturalnego kodu. Reguły odkodowują te doświadczenia.

Podsumowując, traktowanie prawa na równi z regułami, a nawet i pojęciami, nic nie powie o danym systemie prawnym i jego głęboko zakorzenionych strukturach. Kultura jest źródłem tożsamości, podobnie reguły są źródłem tożsamości. „Największym intelektualnym wyzwaniem dla komparatystów prawa jest zaakceptowanie faktu, że gdy chcą wyjaśnić jakąś prawną formę i prawidłowo zaczynają swoje „śledztwo” od materiałów – takich jak kulturalny, historyczny, socjalny lub ekonomiczny dyskurs – musi być on potraktowany jako marginesowy przy analizie prawnej”²⁸. Prawo jest społecznym podsystemem, a żeby dobrze go zrozumieć, musimy sięgnąć do interpretacji, która zachodzi wtedy, gdy jesteśmy niezdolni do zdefiniowania prawa; poszukujemy wówczas wskaźników w języku, molarności, tradycji itd.²⁹ Interpretacja jest zawsze subiektywnym produktem, a przez to kulturowym produktem. W innych słowach „jest rezultatem partykularnego rozumienia »rules«, które jest natomiast pod wpływem licznych czynników (w dużej mierze mało uchwytnych) różniących się w sytuacji danej interpretacji”³⁰. To właśnie nierównomierna dystrybucja socjalnej i kulturalnej siły w państwie poprzez interpretacje dokonywane przez prawników (m.in. sędziów, profesorów) czy urzędników, pozwala na eliminowanie alternatyw. W społeczeństwie przez cały czas konstytuują się wyartykułowane wartości społeczne lokowane przez obserwatorów w języku³¹ tekstów prawnych, podtrzymując

²⁸ *Ibidem*, s. 59.

²⁹ H.G. Gadamer nazwałby to pre-rozumieniem. „Rzeczy, które ulegają zmianie, w większym stopniu podlegają naszej uwadze niż te, które pozostają takie same [wszelkiego rodzaju założenia prawne w danej kulturze prawnej]. W związku z tym punkt widzenia, będący rezultatem doświadczenia historycznej zmiany, zawsze jest w niebezpieczeństwie wyolbrzymienia, ponieważ nie uwzględnia się tego co niewidoczne”, zob. H.G. Gadamer, *Truth and Method*, przeł. J. Weinsheimer, D.G. Marshall, New York 1993, s. XXIV.

³⁰ P. Legrand, *What „Legal Transplants”?...*, s. 52.

³¹ Głównym powodem krytyki zagadnienia „legal transplants” wśród pisarzy jest także język. E. Hoffman twierdzi, iż „żeby transportować pojedyncze słowo bez wypaczenia, każdy musiałby transportować cały język wokół tego istniejącego”. Nato-

tym samym kulturalną tożsamość tej społeczności. Trzeba pamiętać, że przedmiotem wykładni zawsze jest język, w którym sformułowane są teksty prawne. Jeżeli dokonywalibyśmy transplantacji danej regulacji prawnej, w której dominującą rolę odgrywa wyrażenie niedookreślone, to pomimo literalnego „przekopiowania”, może ona nie osiągnąć identycznego skutku prawnego jak w państwie źródła. Natomiast związki między słowami tworzącymi daną regułę także mogą wygenerować inne rozumienie w obcej kulturze. Według mnie to stanowiłoby sedno rozważań P. Legranda, który prowadzi rozważania w duchu szkoły pozytywistycznej. Wykładnia przeprowadzona w państwie przyjmującym nową regulację, posłuży się dyrektywami interpretacyjnymi konstruowanymi i rekonstruowanymi przez teorie prawne funkcjonujące w danym społeczeństwie³². Chociaż cytowany przeze mnie autor występuje przeciwko transplantacjom prawa, w jednym przypadku wskazuje na możliwość ich akceptacji. Jeżeli reguła prawna otrzyma swoje znaczenie na zewnątrz (poza domem), a państwo przyjmujące zgodzi się z taką interpretacją oraz przy założeniu że „propositional statement” (oświadczenie zdań), będzie także przyjęte przez nową kulturę prawną.

Nie wszyscy zgadzają się z powyższym poglądem, uważając, iż przyczyny prawnych transplantacji mają znaczenie przy oddziaływaniu na zachowania prawnej społeczności, która dokonuje interpretacji i egzekwuje prawo. Interpretacja może zmierzać w kierunku dosłownej realizacji przeszczepionych reguł – „(...) powszechność transplantacji to nie motywacja, ale wada ludzkiego poznania i wydawania decyzji: reguły prawne są często zapożyczane w pośpiechu bez adekwatnego przygotowania bądź zażyłości [z prawem państwa źródła]”³³, czyli

miast P. Legrand w swoim dziele *What „Legal Transplants”?* wskazuje jako przykład na rzymskie regulacje prawne – skądinąd tak często przywoływanych przez A. Watsona – twierdząc, że pisane po łacinie i dla mieszczan Konstantynopola nie mają wiele wspólnego z nowymi regułami napisanymi po francusku i dla porewolucyjnej Francji.

³² Wydawałoby się, że nawet dyrektywy mające moc prawa obowiązującego jak w przypadku brytyjskiego Interpretation Act z 1889 r. nie zdadzą tu egzaminu.

³³ C. Milhaupt, K. Pistor, *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago 2008, s. 210. Autorzy ci wprowadzają pewne novum do teorii „legal transplants”, wskazując że jej funkcjonowanie jest uzależnione od zasięgu, do którego stopnia zmiany są uzgod-

tw. „ślepe kopiowanie”³⁴. P. Legrand twierdzi, że uchwalając jakąś regułę („rule”), kierujemy się nie tylko sposobem myślenia, interesami i nadziejami, które wiążą się z bytem tej reguły; przykładem są tu Francuzi, tworzący coś „charakterystycznie francuskiego, w ten sposób czynią aluzje do modalności prawnego doświadczenia, które jest nierozłącznie ich”³⁵. Reguła zatem nie ma jakiegoś empirycznego istnienia oderwanego od świata znaczeń. Transplantowana reguła zostanie zinterpretowana inaczej przez zobowiązanych do jej wdrożenia i pozostanie pod wpływem ich świadomości leżącej u podłoża wartości, na których ta norma opiera się. Gdy kraj transplantacji stosuje zasadę, którą otrzymał od kraju pochodzenia, to skutecznie stosuje zasadę do swoich własnych lokalnych warunków. Stąd spodziewalibyśmy się, że interpretacja prawnej zasady będzie różnić się znacznie w państwie przeszczepienia niż pochodzenia. Część doktryny zagranicznej sugeruje, że zjawisko „legal transplants” zawiedzie, gdyż przeszczepiane prawo będzie odmienne od kultury lokalnej. Należy zgodzić się z poglądem, że „niejednoznaczne pojęcie kultury otwiera puszkę Pandory interpretacyjnych koszmarów”³⁶.

Przeciwnik transplantacji prawa może się zgodzić z poglądem, że słowa przekraczając granice jednego z państw „wdają się w inne

nione z zachowaniem prawników, sędziów czy biurokratów. Transplantowane prawo wpasuje się do nowej jurysdykcji, gdy możemy wymagać, że społeczność podejmie się zintegrowania nowego prawa z systemem rodzimym – ten pogląd nazwali „micro-fit” (mikro odpowiednim). Natomiast komplementarność pomiędzy transplantacjami a polityczną gospodarką nazwali „macro-fit” (makro odpowiednim).

³⁴ *Ibidem*. Autorzy dają przykład, kiedy to w połowie XIX w. Kolumbia bez niemal żadnych zmian przekopowała ok. 100 artykułów z hiszpańskiego Commercial Code (z 1829 r.).

³⁵ P. Legrand, *What „Legal Transplants”?*... Każda modalność tworzy odrębny, autonomiczny sposób scalania potocznego doświadczenia ludzkiego (natomiast nie jest sposobem jego dzielenia), wskazuje na inny sposób jego transkrypcji. Każda modalność doświadczenia tworzy odrębny obraz, spójną całość, opartą na innych kategoriach interpretacyjnych. Oceny dokonywane na gruncie jednej modalności doświadczenia są nieadekwatne w stosunku do innych, zastosowane w ich obrębie powodują tylko błąd. Szerzej na ten temat w filozofii angielskiego myśliciela XX w., M.J. Oakeshotta, zob. J.L. Auspitz, *Bibliographical Note*, *Political Theory*, Vol. 4, Nr 3, 1976, s. 262.

³⁶ C. Milhaupt, K. Pistor, *op. cit.*, s. 208.

racjonalności i moralności”³⁷. To, co w jednym społeczeństwie uznamy za obowiązkowe do uregulowania w akcie prawnym z punktu powszechnie akceptowalnych wartości, niekoniecznie musi być chronione prawnie w innym społeczeństwie. Nowa kultura prawna, w której następuje transplantacja prawa, prowadzi swoje badanie pod kątem zastanych standardów jurysdykcji³⁸. Ciężko jest odrzucić głęboko zakorzenione poglądy tkwiące w całym systemie prawnym jednego państwa. Świadczy o tym przykład z 1993 r., kiedy to po zakończeniu prac komisji w Mediolanie dotyczących europejskiego prawa kontraktów Anglicy przyjęli pojęcie dobrej wiary (*good faith*), mówiąc otwarcie, iż w celu respektowania całego przedsięwzięcia i nawet po tym wyrażali przedmiot obrad jako „fair dealing” (uczciwe stosunki)³⁹.

Na przykładzie Unii Europejskiej można zorientować się, iż regulacje wspólnotowe często są kompromisem między sprzecznymi interesami społeczeństw uczestniczących w obrocie prawnym. W związku z czym „rule” transportowana z jednego systemu prawnego nawet na podłoże wspólnotowe nie będzie taka sama jak w państwie pierwotnym.

Wizja transplantacji jako izolowanego wydarzenia, w którym całkowity system prawa albo duża jego część jest transponowany przez jednego wyraźnego eksportera do innego systemu prawnego była może

³⁷ Przykładem może być wprowadzanie w życie zasady wolności kontraktowej w chińskim społeczeństwie rządonym przez związki pokrewieństwa albo *guanxi* – termin, który nawiązuje do norm wzajemności albo bardziej ogólnie: ludzkich uczuć. Spowodowało to nieskuteczność przeszczepionego prawa, bo w rezultacie wszystkie przedsięwzięcia (niezarejestrowane przedsiębiorstwa rodzinne Chińczyków) były nazywane spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością, zob. W.C. Kirby, *China Unincorporated: Company Law and Business Enterprise in Twentieth-Century China*, The Journal of Asian Studies, Vol. 43, 1995, s. 50.

³⁸ W jednym z nielicznych przykładów, które powołuje w swojej pracy P. Legrand, jest angielska decyzja w sprawie *O'Reilly v. Mackman* dotycząca dystynkcji pomiędzy procesem publicznym a prywatnym w angielskiej procedurze *de facto* opierającej się na francuskim prawie znającym to rozróżnienie już w XIX w. I chociaż w Anglii został zaakceptowany taki podział, to prawna reguła konstytuująca taki stan rzeczy według autora nie jest identyczna z regułą francuską.

³⁹ A.M. Rabello (ed.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem 1997, s. 201.

ważna we wczesnej debacie, która skupiała się na transplantacjach zrealizowanych przez kolonizatorów. Jednak świat prawa dawno uległ zmianie. W dzisiejszym globalnym środowisku, przeszczepy dotyczą określonego pola prawa, jeśli nie określonych kompozycji; są realizowane w odcinkach, a nie w liczbie pojedynczej, a także często są produktem interakcji pomiędzy kilkoma, rzadziej dwoma, graczami. Jest to więc wynikiem procesu pobudzonego przez globalizację i rozkwit międzynarodowego prawa⁴⁰. Większość krajów po prostu nie może zajmować się międzynarodowy handlem albo oczekiwać międzynarodowych inwestycji bez przekształcania swoich prawnych reżimów w kierunku wspólnych standardów; nie może żądać dobrych zapisów w obszarach takich jak międzynarodowe prawa człowieka, ochrona przyrody czy prawo antykorupcyjne, bez wysiłku przyjęcia modeli zagranicznych albo międzynarodowych. Liczne programy sponsorowane przez rząd, fundacje i międzynarodowe instytucje mają za zadanie aktywnie pobudzać te procesy transplantacyjne.

Do tej pory naukowe osiągnięcia zidentyfikowały przeszczepy w praktycznie każdej dziedzinie prawa – przykład prawa autorskiego czy alternatywnych sposobów rozstrzygania sporów. Przyczyny przeszczepów były wyjaśnianie przez pryzmat hegemonii USA czy lobby rodzinnego. Literatura skupiała się na wyjaśnianiu określonych przeszczepów albo na opisywaniu określonych zjawisk, takich jak międzynarodowe sieci poparcia („transnational advocacy networks”) czy tzw. „path dependence”, i pominęła socjologiczne wyjaśnienia. Aktualna debata dotycząca transplantacji prawa poszerzyła się o nowe wizje rozwoju tego zagadnienia, wzbogacając tym samym argumenty przedstawiane przez dwa obozy: zwolenników i przeciwników transplantacji. Wieloaspektowa analiza oraz głębsze badania tej dziedziny nauki stały się możliwe dzięki typologii stworzonej przez Millera⁴¹. Jednym z narzędzi wykorzystanych przez socjologów, które pojawia

⁴⁰ M. Cohn, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58, 2010, s. 584 i n.

⁴¹ J. Miller, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, s. 845–868.

się w rozmaitych kontekstach jest właśnie typologia. Autor stwarza podział, który opisuje wszystkie formy prawnych przeszczepów. Każda z czterech grup prawnych transplantacji jest uwarunkowany innym zbiorem czynników. Czynniki te z kolei wpływają na motywację dokonania przeszczepu. Transplantacje możemy zatem podzielić według Millera na:

1) „**the cost-saving transplant**” (przeszczep oszczędzający koszty). Taka transplantacja dotyczy najprościej ujmując przyjęcia gotowego rozwiązania, oszczędzając tym samym koszty projektowania, badania rynku itp. Jeśli ktoś już spróbował czegoś, co dobrze funkcjonowało, ustawodawca albo sędzia może oszczędzić dużo czasu przez proste przyjęcie podejścia kraju, od którego nastąpi transplantacja. Czasami taki proces wymaga scalenia różnych rozwiązań, a wynik może okazać się inny niż w państwie projektodawcy. Z drugiej strony kraj, od którego następuje transplantacja prawnych rozwiązań, może poświęcić za mało czasu, aby zakotwiczyć przeszczepioną normę w miejscowej rzeczywistości, bądź też kraj ten nie będzie posiadał technicznej kompetencji⁴².

2) „**the externally-dictated transplant**” (zewnątrznie narzucony przeszczep) – stał się wszechobecną siłą na całym świecie, ale szczególnie w krajach rozwijający się. Warunkiem prowadzenia interesów z państwem słabszym gospodarczo może się stać obowiązek przyjęcia rozwiązania wystosowanego przez państwo lub jednostkę silniejszą. Akceptacja nowego porządku może być motywowana zadowoleniem zagranicznego potentata, korzyściami wynikającymi z obustronnej współpracy czy w końcu oceną miary politycznej niezależności⁴³.

⁴² J. Miller używa przykładów z systemu argentyńskiego, gdyż jurysdykcja ta jest mu najbardziej znana i jak zaznacza, bogata w przykłady transplantacji. Przykładem pierwszej typologii jest ustawa Argentyny o niebezpiecznych odpadach. To prawo jest dosłownie kopią ustawodawstwa USA.

⁴³ Kraje rozwijające się musiały przyjąć standardy Światowej Organizacji Handlu dotyczące własności intelektualnej, gdyż nieprzyjęcie łączyło się z niebezpieczeństwem sankcji handlowych ze strony Stanów Zjednoczonych. Inna sytuacja, która otworzyła drogę prawnym przeszczepom, gdy IMF i Bank Światowy zaczęły uzależniać pożyczki od warunku prawnych reformach. Natomiast najważniejszym czynnikiem zapewniającym argentyńskie stosowanie się do modelu ICAO (standardów Międzynarodowej Organizacji Lotnictwa Cywilnego) jest presja Stanów Zjednoczonych. Mocarstwo to do-

3) „**the entrepreneurial transplant**” (przeszczep świadczący o przedsiębiorczości) – w tym typie wykorzystywane są znajomości i międzynarodowe powiązania osób bądź grup. Wyraźnym czynnikiem motywującym dla prawnego przeszczepu jest obecność w przyjmującym kraju osób zainteresowanych inwestowaniem w transplantowaną prawną strukturę, chociażby poprzez uzyskanie politycznych albo gospodarczych korzyści swojej inwestycji⁴⁴.

4) „**the legitimacy-generating transplant**” (przeszczep generujące legalność) – oparty jest na prestiżu transplantowanej instytucji prawnej bądź systemu praw. A. Watson był początkowo jedynym autorem, który wyjaśniał, dlaczego prestiż zagranicznego modelu będzie motywować ustawodawcę do wybrania tego, a nie innego. Daje do zrozumienia, że ustawodawcy czy sędziowie mają problemy z wdrażeniem nowego podejścia, które byłoby akceptowane przez innych. To właśnie prestiż zagranicznego modelu zapewnia potrzebny autorytet prawny⁴⁵. Ugo Mattei poszedł o krok dalej, utrzymując, że prestiż pochodzi z gospodarczej efektywności. Zalecał, aby związek pomiędzy prestiżem a wydajnością był wiarygodny, natomiast oferował w swoich pracach zbyt mało empirycznych dowody, nigdy nie wyjaśniając procesu, w którym ciało ustawodawcze i sędziowie importują dany model prawny. Podsumowując można stwierdzić, że urzędnicy państwowi (szeroko pojęta władza państwowa) narzekający na brak autorytetu ze względu na brak źródła władzy⁴⁶, mogą chcieć przyjąć zagraniczny model – najbardziej prestiżowy, który będzie gwarantem legalności (praworządności). Przypadek motywacji przy tak rozumianym typie transplantacji jest charakterystyczny dla państw wychodzących z długiego okresu despotycznych rządów.

konuje podziału krajów na 1 i 2 kategorię, łącząc z tym wyodrębnieniem odpowiednie konsekwencje, zob. szerzej J. Miller, *op. cit.*, s. 848.

⁴⁴ Przykład doradcy rządu Argentyńskiego Carlosa Manfroni, który był głównym poplecznikiem zmuszania Argentyny do zaadoptowania podejścia USA w tworzeniu administracyjnych norm etycznego zachowania się urzędników państwowych. Amerykański model został ostatecznie przyjęty w Kodeksie Etyki.

⁴⁵ A. Watson, *Aspects of Reception of Law*, American Journal of Comparative Law, 1996, s. 346, 350–351.

⁴⁶ Innymi słowami nie wpisują się w trzy typy legalnej dominacji zidentyfikowanej przez M. Webera, *Economy and Society*, Berkeley 1978, s. 218.

Rozpatrując zagadnienie, jak prawne systemy rozwijają się w relacji jeden do drugiego, ani A. Watson, ani P. Legrand nie ujęli ekonomicznych wyjaśnień, o których warto wspomnieć. Umiejętność dostosowania przeszczepionego prawa do miejscowych warunków ma duży wpływ na rozwój gospodarczy państw. W ostatnich latach odrodziły się: dziedziny porównawczej ekonomii i sformalizowanej analizy. Analitycy prawa z punktu widzenia ekonomii skupiają się na wydajności (efektywności) prawnych systemów, konsekwencji transplantacji i polityki instytucjonalnego projektowania. Można wskazać na hipotezę, że konkurencja między „dostawcami prawnych reguł” (jak nazywają odrębne systemy prawne poszczególnych państw) znacząco wpływa na przeszczepy prawa, a przez to na wybór najefektywniejszej doktryny – *civil law* bądź *common law*. D. Berkowitz argumentuje, że „droga, jaką prawo jest transplantowane, jest dużo bardziej wyznacznikiem efektywności systemu prawa niż faktu czy system prawny był dostarczony przez szczególną rodzinę prawa”⁴⁷. Przykładem może być teoria trustów, będąca wynikiem współdziałania *common law* i *equity*. Kontynentalne prawo własności bez elastyczności charakterystycznej dla trustów rozwinęło się na podstawie teorii zobowiązań i prawa kontraktów. W rezultacie bardzo różny historyczny rozwój utworzył różne instytucje prawne, z tym że beneficjent teorii trustów⁴⁸ jest lepiej sytuowany niż jego cywilny odpowiednik. „Prawnicy prawa komparatystycznego, oczywiście, zostali przyciągnięci przez tę prawną instytucję i wykreowali minimalną wiedzę tak konieczną dla przeszczepu, by mógł zaistnieć. Nie ma w tym nic dziwnego, że wbrew bardzo sformalizowanemu podłożu, w którym prawo trustów rozwinęło się (...), ta instytucja stała się bardzo modna”⁴⁹. Ugo Mattei wskazuje na fakt przyjęcia jej przez wiele południowoamerykańskich krajów *civil law*, Japonię, Lichtenstein czy też pozostawienie jej w mieszanych

⁴⁷ D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, *Economic Development, Legality and the Transplant Effect*, Pittsburgh 2001, s. 2 i n.

⁴⁸ Jeżeli koszty transakcji wydają się niskie, to instytucja trustów jest rekomendowana przez normatywną teorię R.H. Coase’a – twórcę ekonomicznej analizy prawa, którą przedstawił w artykule *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, 3.

⁴⁹ U. Mattei, *op. cit.*, s. 9–10.

jurysdykcjach: Quebec, Luisiany czy Szkocji. Okazuje się, że państwa posiadające prawo bardziej przyjazne inwestorom, przejawiają tendencje ku skuteczniejszemu wprowadzaniu nowych rozwiązań; kraje w obrębie kultury prawnej *common law* wykazują lepszą egzekwowalność praw niż kraje kultury *civil law*⁵⁰.

Ze względu na etapy ekonomicznej analizy prawa możemy wyróżnić cztery sytuacje⁵¹:

1) obie jurysdykcje są skłonne, by dostosować i prawne reguły, i praktyki, co do których zachodzi konwergencja. Ten rezultat osiągną w drodze konwencji jako kompromis między odmiennymi systemami prawnymi;

2) jurysdykcja państwa A jest skłonna, by dostosować (importować prawne reguły), ale jurysdykcja państwa B nie. W tej sytuacji mamy do czynienia z tzw. „**transplant effect**”, czyli skutkiem przeszczepu;

3) odwrotnie jurysdykcja państwa B jest skłonna, by dostosować (importować prawne reguły), ale jurysdykcja państwa A nie. Znow mamy „**transplant effect**”, ale w przeciwnym kierunku;

4) obie jurysdykcje są niechętne do zmian, wtedy ekonomiści przyjmują bilans zerowy.

Jeżeli przemysły krajowe rywalizujące w międzynarodowym rynku odkryją, że ich narodowy system prawny narzuca wyższe koszty niż te, które ponoszą ich rywale pod obcą jurysdykcją, mogą położyć nacisk na zmianę ustawodawstwa. Nie zawsze jednak założenie w relacjach homogenicznych produktów, że konkurencja zwycięży, będzie prawdziwe. Przeszczep jest bardziej prawdopodobny, jeżeli importacja i koszty dostosowania są asymetryczne i niskie dla kraju przyjmującego nową regulację. Na koszty dostosowania mogą się m.in. składać się:

– bezpośrednio koszty nabywania informacji, sporządzania szkiców prawa, nauka nowych reguł i praktyk oraz interpretacja w ramach postępowań sądowych;

– strata kosztów wystąpi ze względu na zmianę prawnych reguł wyrażających długo zakorzenione interesy podmiotów, które są skłon-

⁵⁰ D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, *The Transplant Effect*, *The American Journal of Comparative Law*, 51, 2003, s. 166.

⁵¹ N. Group, A. Ogus, *A Strategic Interpretation of Legal Transplants*, *Journal of Legal Studies*, 35, 2006, s. 344–345.

ne do zmarnowania środków finansowych, tylko by uniknąć tych zmian (np. prawnicy, stowarzyszenia, rady);

- pośrednie koszty ze względu na potencjalną utratę spójności i niestałość wewnętrzną nowo wyłonionego prawa (przykładem jest tu regulacja jednych obszarów prawa w większej mierze niż innych);

- prywatne koszty wynikające z ograniczania indywidualnych korzyści w nowo regulowanym prawie;

- koszty wynikające z braku innowacji, ponieważ systemy prawne bez miejscowych odmian (fluktuacji) są mniej podatne na wprowadzenie tych innowacji;

- jeżeli nowe prawo jest dostosowywane do miejscowego w wyniku prywatnego wpływu, przez działanie sądów (*case law*), bądź przez praktykę międzynarodowych firm prawniczych (tj. przez klauzule wyboru prawa w kontraktach, wybieranie prawa jako sposób wyznaczenia siedziby zarządu spółki lub miejsca jej działalności), zysk z publicznego dostosowania prawa jest niższy i dlatego stosunkowy koszt jest wyższy;

- adaptacja prawa w rodzinie, która wypływa z danej kultury prawnej (tj. prawa kontynentalnego czy *common law*) jest tańsza niż między różnymi rodzinami. Współcześnie kultury prawne opisywane są przez pojęcie „Network”;

- zderzenie ekonomicznej i wojskowej analizy pozwala analitykom wyodrębnić grę: symetryczną (gdzie graczami prawa są państwa Unii Europejskiej bądź stany w USA) i asymetryczną (byłe kolonie). W pierwszym przypadku konwencje za obopólną zgodą są tańsze niż przeszczepy, bo dają ekonomiczne i polityczne uzupełnienia. W drugiej grze jednostronne przeszczepy są prawdopodobiejsze.

Kiedy ekonomiczni analitycy prawa mówią o możliwości zaadoptowania przez jurysdykcje państw reguł prawnych, to nie mają na myśli sytuacji, że przeszczepione prawo będzie identyczne z tym prezentowanym w systemie państwa źródła. Świadczy to o przyjęciu założenia, w którym zjawisko „legal transplant” stanowi o możliwości modyfikacji reguł w ostatecznym porządku prawnym (czyli nie wersja prawnych przeszczepów z punktu widzenia P. Legranda ma tu rację bytu).

Na przykładzie wspomianej przeze mnie powyżej instytucji trustów – popularnej współcześnie w wielu krajach nieanglosaskich –

można przeanalizować możliwość transplantacji, która jest uzależniona od analizy regulacji występujących w państwach, które mają przyjąć nową instytucję. Ostatecznie po zaadoptowaniu trusty, choć zbudowane na wspólnym fundamencie mogą różnić się między sobą w zależności od systemu prawnego; albo wystąpi niecałkowite przyjęcie regulacji z państwa źródła (przykładem są niektóre kraje karaibskie, które dopuszczają przeniesienie majątku na powiernika w celu uchronienia go przed wierzycielami ustanawiającego tzw. *self-settled spendthrift trusts* zabronionymi w Anglii i większości stanów USA z wyjątkiem np. Alaski), albo zakorzeniona kultura państwa przyjęcia odmiennie „osadzi” w prawie nową instytucję. Ta ostatnia uwaga dotyczy sytuacji, gdy jedno z państw przyjmie, że trust jest osobą prawną (np. Anstalt), inne, że jest to majątek odrębny (Quebec). Wtedy na etapie rozpatrywania co jest według prawa krajowego osobą prawną, czy też jakie uprawnienia można nadać masom majątkowym (jeśli w ogóle można), ujawniają się rozbieżności, których nie da się ostatecznie usunąć. Druga rzecz – czy w danym państwie zainteresowanym trustem nie ma już podobnej instytucji, a jeśli jest, to czy nowa regulacja prawna powinna zmienić starą czy też współistnieć obok niej?

Z czym muszą zmierzyć się państwa przyjmujące nowe rozwiązania prawne? Jest to zarazem odpowiedź na pytanie o skutki, jakie dały nowe instytucje prawne w państwie przeszczepu. „Transplant effect” ma prognozować efektywność instytucji prawnych w nowych warunkach. Żeby spełnić przyjęte założenia, „popyt na prawo musi istnieć w ten sposób, że *law in books* musi być w użyciu, a prawni pośrednicy zaangażowani w stosunku do tego popytu, są jednocześnie odpowiedzialni za jego rozwijanie. Jeżeli kraj przeszczepu dostosował prawo do miejscowych warunków albo miał społeczeństwo zaznajomione już z podstawowymi zasadami przeszczepionego prawa, wtedy możemy oczekiwać, że prawo będzie w użyciu [*law in action*]”⁵². W związku z tym silny publiczny popyt na prawo dostarczyłby zasobów do zmiany prawa. W którym państwie powyższe warunki są spełnione, analitycy wskazują, że nowy porządek prawny będzie działał tak skutecznie jak

⁵² D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, *Economic Development, Legality and the Transplant Effect*, Pittsburgh 2001, s. 3.

w kraju źródła – bo „efekt przeszczepu jest ważniejszym prorokiem legalności niż zaopatrzenie od danej kultury prawnej”⁵³.

Podsumowując, warto przytoczyć pogląd, że „na drodze, jakiej prawo jest konceptualizowane – na przykład jako reguły, idee zakorzenione w prawnej kulturze, jako część kultury w szerszym sensie czy instrumenty partykularnych celów [ekonomicznych] – rzutuje na drogę, w której rozsądzany jest sukces przeszczepów prawnych”⁵⁴. A akcent na prawo postrzegane wyłącznie jako reguły w sensie pozytywistycznym, może na wstępie komplikować zagadnienie „legal transplants”. Podobnie jeśli prawo jest rozumiane jako wyraz kultury, w sensie: wartości, dzielonej tradycji czy poglądów, przeszczep prawa będzie mógł zaistnieć, tylko wtedy gdy okaże się zgodny z tymi aspektami kultury w środowisku państwa-odbiorcy albo gdy przekształca je zgodnie z kulturowymi założeniami przeszczepionego prawa⁵⁵.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ R. Cotterrell, *Law, Culture and Society...*, s. 116.

⁵⁵ W ramach zagadnienia „legal transplants” można zastanowić się nad wyrokami sądów powszechnych (w szczególności niemieckich), które kierują się szariatem, czyli prawem opartym na Koranie przy rozpoznawaniu spraw obywateli Unii Europejskiej wyznania muzułmańskiego. Jest to odrębny temat mogący wpisać się w dyskusję nad jednym z typów transplantacji obcego prawa, nieuwzględnionym w typologii przedstawionej powyżej przez Millera.

Precedens jako przykład konwergencji kultur prawnych w obszarze prawa Unii Europejskiej

„Z kulturą wiąże się nierozzerwalnie hierarchia wartości, jeden bowiem porządek zostaje uznany za lepszy od innych, a być może w ogóle jedyny. Inne warianty ocenione zostają jako gorsze bądź wręcz stanowiące chaos”¹.

Świat z niespotykaną w jego dotychczasowej historii prędkością podlega procesom globalizacji. Tendencje integracyjne dotyczą wielu sfer ludzkiej działalności². W ostatnim czasie stały się tematem wzmożonej i nieustającej dyskusji³. Procesy integracyjne nie ominęły Europy. Zamiast jednak o globalizacji możemy w jej kontekście mówić o „europeizacji”⁴.

¹ Z. Bauman, *Socjologia*, Poznań 1996, s. 149.

² Zachodzące przeobrażenia w sferze prawnej dostrzegał już w swoich pracach w latach 70. XX w. J. Wróblewski.

³ Tylko w obszarze teorii i filozofii prawa możemy dla przykładu podać następujące konferencje: XIX Ogólnopolski Zjazd Katedr Teorii i Filozofii Prawa „Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?” (Jastrzębia Góra, 19–22 września 2010 r.) oraz 23rd IVR World Congress „Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity” (Kraków, 1–6 sierpnia 2007 r.).

⁴ Pisząc o europeizacji, mam na myśli procesy integracyjne, które choć wpisują się w globalny nurt zmian o szerokim wymiarze, którego celem jest pełna integracja, swoim zakresem obejmują tylko obszar Europy. Zob. J. Boman, *Europeanization Through Cross-Border Cooperation on the EU's External Borders: Towards Multi-Level Governance? Paper Presented at the 4th CEEISA Conference Reflecting on a Wider Europe and Beyond: Norms, Rights and Interests, Tartu, 25–27 June 2006*; M. Vink, *What is Europeanization? and Other Questions on a New Research Agenda Paper for the Second YEN Research Meeting on Europeanization, University of Bocconi, Milan, 22–23 November 2002*.

Integracja Europy odbywająca się głównie za sprawą Unii Europejskiej dokonuje się na jej wielu płaszczyznach. Jednym z jej obszarów posiadających własną dynamikę zbliżania jest sfera prawna odróżniana wyraźnie od sfery ekonomicznej czy politycznej. Jej istnienie i ciągły rozwój odgrywa doniosłą rolę w procesie powstawania „jednej” Europy. Wspólne prawo jest zarówno produktem, jak i instrumentem zapewniającym integrację w obszarze Unii Europejskiej⁵. Proces integracji w sferze prawa przebiega na tyle sprawnie, że już mówi się o powstaniu specyficznego porządku prawnego określanego mianem prawa europejskiego⁶.

Prawo Unii Europejskiej według powszechnego przekonania, które znalazło wyraz w orzeczeniu *Costa v. ENEL*⁷ Trybunału Sprawiedliwości, stanowi odmienny system prawny w porównaniu do wewnętrznego prawa państw członkowskich, ale również prawa międzynarodowego publicznego⁸. Odmienność prawa wspólnotowego od dotychczasowych typów prawa rodzi różne problemy o charakterze teoretyczno-prawnym. Jednym z nich jest zagadnienie kultury prawnej⁹, stojącej za prawem europejskim, której wyrazem jest działalność osadzonych w niej prawników¹⁰. Samo pojęcie kultury prawnej nie jest jednoznacz-

⁵ R. Dehousse ujął tę właściwość prawa w następujący sposób: „Thus law is at the same time a cause and effect, the product of social pressure for some, and instrument of social change for others”, zob. R. Dehousse, *The European Court of Justice. The politics of Judicial Integration*, New York 1998, s. 1.

⁶ A. Kozak, *Niedoceniana wspólnota – prawnicy, a integracja europejska*, [w:] J. Kaczor (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, Wrocław 2005, s. 162. Zob. także H. Schepel, R. Wesseling, *The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe*, *European Law Journal*, 1997, 3, No. 2, s. 165–188.

⁷ „Traktat (...) stworzył własny porządek prawny, który po wejściu w życie Traktatu został włączony do porządków prawnych państw członkowskich i musi być stosowany przez sądy”. Zob. Sprawa 6/64, ECR 1964.

⁸ M. Król, M. Zirk-Sadowski, *Prawo wspólnoty europejskiej w aspekcie teoretycznym*, RPEiS 1994, 4, s. 39.

⁹ R. Cotterrell definiuje kulturę jako: „the complex of beliefs, attitudes, cognitive ideas, values and modes of reasoning and perception which are typical of a particular society or social group”, zob. R. Cotterrell, *The Sociology of Law: an Introduction*, London 1984, s. 25.

¹⁰ Kultura prawna jest środowiskiem, w którym funkcjonują prawnicy. Wskazuje cele i wartości, które powinny mieć na względzie konkretne regulacje prawne. Nie pod-

ne i odnosi się do szeregu zwyczajów, wartości idei, zasad, ideologii i światopoglądu. Sławomira Wronkowska definiuje pojęcie „kultury prawnej”, twierdząc, że odnosi się ono do powszechnie podzielanego w danej społeczności, zwłaszcza we wspólnocie prawniczej, zbioru przekonań, jakie prawo być powinno, jakim celom ma służyć, i dalej: jak powinno być tworzone, interpretowane i stosowane¹¹. Głównym twórcą kultury prawnej jest wspólnota prawnicza¹².

W systemie prawa europejskiego członkowie wspólnoty prawniczej odpowiedzialnej za kształtowanie kultury prawnej, wywodzą się z różnych konkretnych systemów prawnych. Mimo istniejących między nimi różnic, na płaszczyźnie ogólnoeuropejskiej, dążą do stworzenia jednolitego wzorca europejskiej kultury prawnej. Jego istnienie jest warunkiem koniecznym. W przeciwnym razie nie moglibyśmy mówić o jednym prawie europejskim, a grupie różnych praw europejskich istniejących równolegle¹³.

Zadanie, przed którym stoją prawnicy, nie należy do najprostszych. Nie jest łatwo oderwać się od kultury, w której zostało się wychowanym i wykształconym. Prawnicy współtworzący kulturę europejską są przecież przez długie lata kształceni w różnych państwach i nierzadko przed rozpoczęciem „przygody” z prawem europejskim sprawują funkcje adwokatów lub sędziowskie w swoich krajach ojczystych, podlegając silnym wpływom krajowych kultur prawnych. Przez te wszystkie lata wpajana jest im wiedza o „obowiązującym” ich kodzie kulturowym. Dlatego, często nawet pod-

lega pełnej kontroli ze strony władzy prawodawczej, w stosunku do której jest autonomiczna. Reguły prawne mogą być z dnia na dzień zmienione, ale sposób, w jaki będą np. interpretowane czy stosowane, pozostanie zależny od niezmienionej kultury prawnej.

¹¹ S. Wronkowska, *O stanowieniu i ogłaszaniu prawa oraz o kulturze prawnej*, tekst wystąpienia w czasie uroczystości 500 lat tradycji państwa prawa w Rzeczypospolitej w Trybunale Konstytucyjnym w dniu 25 stycznia 2007 r.; zob. W. Gromski, *Autonomia prawa jako funkcja kultury prawnej*, [w:] W. Gromski (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Autonomia prawa*, Wrocław 2001, s. 36, zwł. s. 53 i n.; *idem*, *Uwagi o podstawach europejskiej kultury prawnej*, [w:] A. Sulikowski (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. W poszukiwaniu podstaw prawa*, Wrocław 2006, s. 234–236.

¹² M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, PiP, 1980, 6, s. 70.

¹³ A. Kozak, *op. cit.*, s. 162.

świadomie, prawnicy odwołują się do swoich „etnicznych” wzorców, do kultur, z którymi odczuwają silniejszy związek. W tej sytuacji kulturę prawa europejskiego możemy przyrównać do układanki, do której każdy dokłada swoją „cegiełkę” zapożyczoną z kultury, z której się wywodzi. Prawo Unii Europejskiej jest areną, na której dochodzi do scalenia kultur prawnych w nową całość do tego stopnia, że nie da się już ich jednoznacznie wyodrębnić¹⁴. Powstawanie nowej kultury w oparciu o rozwiązania występujące w kulturach dotychczas istniejących jest prawdopodobne tylko dlatego, że kultury prawne nie są systemami zamkniętymi, między którymi niemożliwe są przejścia, przepływy i syntezy¹⁵.

Proces zanikania różnic między kulturami prawnymi wyraźniej, niż na gruncie systemów konkretnych poszczególnych państw, widoczny jest w obszarze prawa Unii Europejskiej, ponieważ wszystkie zachodzące w jego obrębie przemiany dokonują się w znacznie większym tempie niż w przypadku systemów krajowych. Dynamizmowi odbywającej się na naszych oczach konwergencji kultur prawnych w obszarze prawa europejskiego sprzyja nadal trwający proces kształtowania się samej Unii Europejskiej¹⁶. Ponadto należy zauważyć, że choć tradycyjnie kultury prawne ukształtowane są na długoletniej tradycji¹⁷, kultura prawna Unii Europejskiej należy do nielicznych wyjątków, które

¹⁴ Obszar prawa europejskiego stanowi doskonale zaprzeczenie „separation thesis”, zgodnie z którą komunikacja międzykulturowa, nie wspominając już o integracji, jest niemożliwa do przeprowadzenia. W świecie globalnym naturalne wydaje się, że kultury prawne przenikają się nawzajem, dochodzi do „transplantacji” rozwiązań prawnych między nimi, a w wyjątkowych wypadkach możemy obserwować ich pełną integrację.

¹⁵ Jak zauważa Rorty, kultury (w tym również kultury prawne) nie mają trwałych i niezmiennych fundamentów. Wznoszą się na kruchych fundamentach, takich jak tradycja z jednej oraz życie, działanie, przyszłość z drugiej strony, zob. R. Rorty, *Sein, das verstanden weren kann, ist Sprache*, [w:] *Sein, das verstanden weren kann, ist Sprache. Hommage an Hans-Georg Gadamer*, Frankfurt 2001, s. 46.

¹⁶ Założenia systemu prawa europejskiego nie do końca zostały ukształtowane i ciągle ulegają pewnym modyfikacjom i przeobrażeniom.

¹⁷ Kultury nie należy utożsamiać z tradycją, są to dwa odrębne pojęcia. Co prawda kultura kształtuje się poprzez tradycję i stałość, jednak przypadki, w których kultura powstaje nagle i spontanicznie, nie będąc wytworem tradycji, również są spotykane.

są jej pozbawione¹⁸. Brak długoletnio rozwijanej tradycji sprawia, że żaden z już powstałych elementów europejskiej kultury prawnej nie może być uznany za stały i niezmienny. Tradycja w tym wypadku bowiem nie stoi na straży ich pewności, stałości i przewidywalności. Dlatego z nieporównywalnie większą łatwością można dokonywać zmian w obrębie dotychczas istniejących rozwiązań. Równocześnie integracji sprzyja pełna dostępność do informacji na temat wszystkich istniejących w granicach Unii Europejskiej kultur prawnych.

W obliczu powyższych uwag wydaje się, że w coraz mniejszym stopniu chodzi o to, czy w obszarze prawa Unii Europejskiej kultury prawne scalają się czy też nie. Pytanie, które staje przed teorią i filozofią prawa, dotyczy raczej tego, w jakim stopniu i zakresie to robią¹⁹.

* * *

W niniejszym opracowaniu podejmę próbę włączenia się w dyskurs wokół problemu integracji kultur prawnych przez sformułowanie, z konieczności skrótowej, odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku charakterystyki działalności Trybunału Sprawiedliwości możemy mówić o precedensowym charakterze²⁰ wydawanych przez niego orze-

¹⁸ „Legal cultures are generally based on a long tradition and even aim at keeping it unchanged for as long as possible. Nevertheless, also in the law there are recent cultures that lack such a tradition”, zob. M. Van Hoecke, *European Legal Cultures in a Context of Globalization*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (edd.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, Warszawa 2007, s. 83.

¹⁹ Mogą one zostać doprecyzowane. Chcąc to uczynić moglibyśmy zapytać: czy konwergencja następuje w zakresie tworzenia, stosowania czy też aksjologii prawa? W rozważaniach prowadzonych w powyższym artykule zajmę się w głównej mierze kwestią stosowania prawa.

²⁰ Choć pojęcie precedensu tradycyjnie wiązane jest z porządkiem prawnym systemu *common law*, nie oznacza to, że nie występuje w obrębie kontynentalnej kultury prawnej. Niektórzy autorzy podkreślają nawet, że jest ono coraz częściej stosowane w języku prawniczym (a nawet prawnym) krajów należących do kultury *civil law*. Niemniej jednak na gruncie kultury prawnej prawa stanowionego nabiera swoistego znaczenia, charakteryzuje się specyfiką odmienną od tej, która tradycyjnie wiąże z nim jurysprudence anglosaska. Termin precedens, jak bowiem słusznie zauważa Zirk-Sadowski, jest uwarunkowany kulturowo. Jego specyficzny sens wynika z kultury prawnej, w obrębie której jest wykorzystywany. Tym samym instytucji precedensu nie moż-

czeń, a jeśli tak, to jak one funkcjonują. Inaczej mówiąc, postaram się ustalić, czy znaczenie terminu „precedens” wynikające z ustalonych relacji treściowych między późniejszym, a wcześniejszym orzeczeniem, z którym mamy do czynienia na gruncie prawa Unii Europejskiej, jest charakterystyczne dla kultury *civil law*, czy może *common law*. Trzeba bowiem wiedzieć, że precedens nie jest pojęciem jednolitym i kontekst jego użycia zależy od właściwości systemu, w obrębie którego przeprowadzamy jego analizę.

Według pierwotnych założeń Trybunału Sprawiedliwości miał swoją działalność opierać na modelu prawa stanowionego²¹. Sędziowie w nim zasiadający mieli ograniczyć swoją „aktywną” (twórczą) działalność, zostając jedynie „la bouche de la loi”. Zmiany nastąpiły w momencie przystąpienia Wielkiej Brytanii do struktur Unii Europejskiej²². Sędziowie angielscy, którzy zaczęli orzekać w sądach europejskich, przemycali do sal sądowych sposoby myślenia ukształtowane w obrębie ich kultury prawnej. W ten sposób wykrystalizowało się pewne wewnętrzne napięcie, które zawsze jest źródłem zmian²³. Trybunał Sprawiedliwości, w skład którego wchodzi prawnicy wywodzący się ze wszystkich państw członkowskich, stał się organem łączącym dwie kultury: anglosaską i kontynentalną, z ich odmiennym podejściem do roli decyzji sądowych w systemie źródeł prawa.

Cel postawiony w niniejszej pracy trudno jednak będzie zrealizować bez uprzedniego ustalenia znaczenia terminu precedens w kontekście sądowego stosowania prawa. W tym miejscu trzeba wspomnieć, że brak dokonania wcześniejszej charakterystyki pojęcia może być przyczyną niewłaściwego posługiwania się nim. Sam fakt cytowania wcześniejszego rozstrzygnięcia niekoniecznie musi świadczyć, że mamy

na rozpatrywać w oderwaniu od kultury prawnej. Sposób, w jaki prawnicy odwołują się do precedensu wynika z założeń kultury prawnej, w której są osadzeni, zob. M. Zirk-Sadowski, *Precedens...*, s. 70. Zob. także N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005, s. 129

²¹ J. Helios, *Podejmowanie wykładni prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2002 (Acta Universitatis Wratislaviensis, No 2424, Prawo CCLXXXI), s. 92.

²² Wielka Brytania przystąpiła do Unii Europejskiej (wtedy Wspólnot Europejskich) w 1973 r.

²³ M. Van Hoecke, *op. cit.*, s. 85.

do czynienia z orzeczeniem precedensowym. Nagromadzenie cytatów z wcześniejszych orzeczeń w sposób bezrefleksyjnych to tak naprawdę doskonały przykład na pozorność precedensu, na którą słusznie zwraca uwagę M. Matczak²⁴. Świadomość tego zagrożenia może uchronić nasze rozważania przed błędnymi wnioskami w wymiarze opisowym. Chcąc określić sposób funkcjonowania precedensu w systemie prawa europejskiego, trzeba wskazać pojęcia precedensu funkcjonujące w teorii prawa, a także wyraźnie rozróżnić precedens charakterystyczny dla kultury *common law* i kultury prawa stanowionego.

Rozważania, mające na celu uporządkowanie interesującej mnie siatki pojęciowej, rozpocznę od przybliżenia fundamentalnej definicji decyzji precedensowej. W ujęciu bardzo ogólnym precedensem określana jest decyzja, która wywiera wpływ na podjęcie decyzji w sprawach podobnych w przyszłości. Oddziaływanie na kolejne decyzje może przebiegać zarówno w sposób normatywny, jak i faktyczny²⁵. Tak ogólnie sformułowana definicja wskazuje nam wyraźnie, że elementem tworzącym pojęcie precedensu jest oddziaływanie. Musi istnieć związek między decyzją wydaną później a zapadłą wcześniej.

Przedstawiona powyżej definicja nie budzi żadnych wątpliwości, ale zarazem nie tłumaczy w sposób precyzyjny istoty precedensu. Nie wyjaśnia wielu pozostałych kwestii, w tym najważniejszej – nie precyzuje, na czym oddziaływanie na kolejne decyzje miałyby dokładnie polegać. Pomija ustalenie różnic, jakie mogą zachodzić w rozumowaniach sędziowskich przeprowadzanych przez sędziów odwołujących się do wcześniejszych decyzji sądowych. W związku z tym konieczne wydaje się uszczegółowienie definicji poprzez analizę i precyzyjne jej omówienie. Jednocześnie różnice w strukturach rozumowań posłużą

²⁴ M. Matczak, *Teoria precedensu czy teoria cytowań? Uwagi o praktyce odwołań do wcześniejszych orzeczeń sądowych w świetle teorii wielokrotnych ugruntowań*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 99–123. Zob. także J. Zajadło, *Precedens rzeczywisty i pozorny, czyli, po co prawnikom filozofia prawa*, [w:] *ibidem*, s. 23 i n.; T. Koncewicz, „Unijna ścieżka precedensu”. Nie „czy”, ale „jak”, [w:] *ibidem*, s. 188.

²⁵ J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław 1973, s. 133; *idem*, *Precedens i jednolitość sądowego stosowania prawa*, PiP, 1971, 10, s. 525.

mi do zaproponowania typologii pojęcia precedensu, którą wykorzystam w dalszej części artykułu²⁶.

Analizując kompleksowo zagadnienie struktury rozumowań sędziowskich przeprowadzanych na podstawie wcześniejszych orzeczeń, można wskazać różnorodność sytuacji prawnych, które należy określać mianem precedensu. Na podstawie znanej mi literatury przedmiotu²⁷, decyzja D1 podjęta w warunkach w1 będzie precedensem decyzji D2 w warunkach w2 wówczas, gdy:

1) D2 daje się podjąć na podstawie reguły prawnej stworzonej jako podstawa rozstrzygnięcia decyzji D1;

2) D2 daje się wyprowadzić z D1 według reguł wnioskowania indukcyjnego;

3) D2 daje się wyprowadzić z D1 według przyjętych reguł wnioskowania *per analogiam*;

4) D2 daje się uzasadnić zasadą Z, którą została uzasadniona decyzja D1;

5) D2 daje się uzasadnić regułą R, którą została uzasadniona D1, używając takich samych lub podobnych środków, za pomocą których uzasadniono D1 w warunkach W1.

Widać więc wyraźnie, że na podstawie kryterium, jakim jest struktura rozumowań wykorzystywanych do uzasadnienia podjętej decyzji, nawiązującej w swej treści do orzeczenia już zapadłego, można wskazać następujący podział modeli orzeczeń precedensowych:

- model z reguły,
- model z wnioskowania indukcyjnego,
- model z analogii,
- model z zasad,
- model z reguły decyzji.

²⁶ Nie interesuje mnie w tym miejscu stosunek decyzji do norm prawnych. Moje rozważania skupią się na analizie relacji między decyzją D1 i różną od niej decyzją D2. W moim przekonaniu bowiem problem precedensu sprowadza się do relacji zachodzących między dwoma decyzjami.

²⁷ J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*; L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press 2001; *idem*, *Judge as Rule Makers*, [w:] D.E. Edlin, *Common Law Theory*, Cambridge 2007

Dokładna analiza wszystkich modeli nie jest możliwa do przeprowadzenia ze względu na ograniczenia związane z formą tego artykułu. Niemniej jednak przynajmniej w podstawowym zakresie postaram się omówić każdy z modeli, zwracając szczególną uwagę na dwa z nich: model z zasady i model z reguły decyzji.

Wyróżniony przeze mnie jako pierwszy, model z reguły, wiąże się z przyjęciem założenia, że decyzje sądowego stosowania prawa w obrębie swojej struktury zawierają regułę generalną i abstrakcyjną, ustanawianą i wyraźnie wyodrębnioną przez sędziego, który wydaje decyzję precedensową. W literaturze wywodzącej się z kręgu kultury *common law* ta część orzeczenia nazywana jest *ratio decidendi*²⁸.

Założenia modelu z reguły przewidują, że centralną rolę w praktycznym zastosowaniu decyzji precedensowej odgrywa wnioskowanie dedukcyjne. Sędzia wydając decyzję na podstawie orzeczenia precedensowego posługuje się wnioskowaniem dedukcyjnym, które w modelu z reguły przybiera formę sylogizmu prawniczego²⁹. W tym wypadku schematem sylogizmu prawniczego będzie wnioskowanie, w którym przesłanką będzie norma ogólna i abstrakcyjna, ustanowiona w sposób precyzyjny w rozstrzygnięciu precedensowym (*ratio decidendi*), przesłanką mniejszą stan faktyczny nowej sprawy, uznany

²⁸ Pisząc o *ratio decidendi*, na potrzeby tego artykułu będę rozumiał je szeroko jako regułę generalną i abstrakcyjną (wyrażną lub dorozumianą) zakodowaną w decyzji sądowej.

²⁹ J.S. Mill tak opisuje dedukcję: „(...) wszelkie wnioskowanie dedukcyjne ma za punkt wyjścia zdanie ogólne, zasadę ogólną lub także założenie: zdanie, w którym orzecznik zostaje stwierdzony lub zaprzeczony w odniesieniu do całej klasy; to znaczy: zdanie, w którym pewne cechy (...) przypisuje się nieokreślonej liczbie przedmiotów, wyróżniających się pewną wspólną cechą charakterystyczną i dzięki temu oznaczona wspólną nazwą. Druga przesłanka jest zawsze twierdząca i stwierdza, że jakaś rzecz (...) przynależy do klasy, w odniesieniu do której coś zostało stwierdzone lub zaprzeczone w większej przesłance, czyli że w niej się zawiera. Stąd wynika cecha przypisana całej klasie lub zaprzeczona w odniesieniu do niej może być przypisana przedmiotowi czy przedmiotom, jakie mają się zawierać w danej klasie (...)”. Twierdzi jednocześnie, że sylogizm jest rodzajem rozumowania dedukcyjnego, zob. J.S. Mill, *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej*, t. 1, Warszawa 1962, s. 266–268

za udowodniony i uzasadniający zastosowanie normy precedensowej, a konkluzją norma jednostkowa (kolejna decyzja sądowa)³⁰.

W ujęciu modelu z reguły (*the rule model of precedens*) mianem decyzji precedensowej określana będzie więc każda decyzja, która zawiera nową regułę prawną, wiążącą na przyszłość wszystkie składy orzekające. W tak przedstawionym ujęciu decyzja precedensowa, a dokładnie jej *ratio decidendi* odgrywa taką samą rolę jak norma abstrakcyjna i generalna prawa materialnego w systemie kontynentalnym³¹.

Kolejny z zaproponowanych modeli – wnioskowania indukcyjnego zakłada, że generalna i abstrakcyjna reguła rozstrzygnięcia budowana jest nie w samym orzeczeniu precedensowym, a dopiero *ex post*. Powstaje w wyniku obserwacji i analizy faktów, które były istotne dla ostatecznego kształtu i treści rozstrzygnięcia sprawy, następnie określonej mianem sprawy precedensowej³². Na ich podstawie, za sprawą wnioskowania indukcyjnego, kolejny sędzia ustala nową normę prawną. Ponieważ koncepcja indukcji normatywnej zakłada wyróżnienie w swym obrębie zarówno indukcji uogólniającej, jak i klasyfikującej³³,

³⁰ Przykładem sprawy precedensowej, która na zasadzie sylogizmu prawniczego przesądziła o treści rozstrzygnięcia w sprawie *Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard* jest orzeczenie *Grant v. Australian Knitting Mills* określające wymóg „satisfakcjonującej jakości towarów”.

³¹ J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*, s. 527

³² Prof. T. Stawecki twierdzi, że rozumowanie indukcyjne polegające na sformułowaniu zasady ogólnej na podstawie obserwacji poszczególnych faktów, w praktyce orzeczniczej sądów angielskich i amerykańskich stanowi uzupełnienie rozumowania dedukcyjnego, zob. T. Stawecki, *Precedens jako zadanie dla nauk prawnych*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 243. Zdaniem innych autorów rozumowanie indukcyjne w praktyce orzeczniczej nie jest jedynie uzupełnieniem, ale samodzielnym rodzajem rozumowania, ponieważ może odbywać się niezależnie od tego, czy sędzia w swoim wcześniejszym orzeczeniu wskazał jakąś ogólną regułę, czy też zupełnie ten fakt pominął.

³³ Zob. A. Peczenik, *Petrażycki o dogmatyce prawa – krytyka czy obawa?*, [w:] K. Opalek (red.), *Z zagadnień teorii prawa i teorii nauki Leona Petrażyckiego*, Warszawa 1969, s. 146; *idem*, *Wartość naukowa dogmatyki prawa*, Kraków 1966, s. 61–62; L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, 191–192; Z. Pulka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wrocław 2004 (Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo CCXCIII), s. 15–16.

model z wnioskowania indukcyjnego mógłby zostać ujęty dwojako. Po pierwsze precedensem może być norma powstała za sprawą uogólnienia, ale również można byłoby uznać, że precedensem jest norma, która powstanie na podstawie indukcji klasyfikującej. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że zastosowanie tych dwóch rodzajów rozumowań prowadzi do odmiennych rezultatów. W przypadku zastosowania normatywnego odpowiednika indukcji uogólniającej wnioskiem będzie norma ogólna. Natomiast w przypadku zastosowania normatywnego odpowiednika indukcji klasyfikującej wnioskiem będzie norma jednostkowa. Zastosowanie konstrukcji indukcji klasyfikującej należy więc uznać za nieadekwatne do zachodzącego procesu, ponieważ celem sędziów jest odkodowanie na podstawie wcześniejszego rozstrzygnięcia normy generalnej i abstrakcyjnej.

Tym samym w przedstawionym powyżej ujęciu mianem decyzji precedensowej określa się każdą decyzję stanowiącą przesłankę przeprowadzenia wnioskowania indukcyjnego, którego rezultatem jest wydobycie reguły ogólnej (*ratio decidendi*) dla rozstrzyganej sprawy. Trafność takiego ujęcia precedensu potwierdzają słowa Z. Ziemińskiego, który twierdzi, że: „ustalenie (...) normy na podstawie tego, że pewien organ w taki, a w taki sposób poszczególną sprawę rozstrzygnął, jest swoistą indukcją z jednego przypadku, w którym znaleziono wyjaśnienie dla orzekającego organu”³⁴.

Ujęcie to, jak widać, podobnie jak w przypadku *rule model*, odwołuje się do reguły jako elementu wiążącego, z tym wyjątkiem, że nie przewiduje związania regułami bezpośrednio podanymi jako podstawa prawna rozstrzygnięcia sprawy precedensowej, a zakłada budowanie reguły rozstrzygnięcia (*ruling*) dopiero przez sędziego orzekającego w kolejnej sprawie, po uprzedniej obserwacji faktów sprawy lub spraw już rozstrzygniętych. Konstrukcja ta zakłada bowiem, że elementy normatywne, choć poniekąd zakodowane we wcześniejszych orzeczeniach, nie są w nich zapisane w gotowej do zastosowania postaci i muszą dopiero być na podstawie ich analizy konstruowane.

³⁴ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

Trzeci z zaproponowanych modeli ma za podstawę rozumowanie *per analogiam*³⁵. Model z analogii (*model of particular analogy*) opiera się na stwierdzeniu zaistnienia istotnego podobieństwa faktów między rozstrzyganymi sprawami, przy jednoczesnym braku istotnych różnic między nimi³⁶. Ten typ rozumowania sędziowskiego J. Wróblewski określa mianem wnioskowania *from case to case*³⁷. Chcąc posługiwać się polską terminologią, można ten typ wnioskowania określić mianem analogii z decyzji. Jego podstawą jest twierdzenie, że podobne ustalenia faktyczne f powinny pociągać za sobą podobne konsekwencje k, niezależnie od tego, że decyzje kierowane są do różnych adresatów. Ten sposób rozumowania, odwołuje się więc wyraźnie do zasady *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (tam, gdzie jest ta sama racja, tam powinno być takie samo uregulowanie prawne), a także do zasady sprawiedliwości formalnej, zgodnie z którą przypadki podobne powinny być traktowane w podobny sposób.

Rozumowanie *from case to case*, które zakłada wyznaczenie ogólnej reguły prawnej będącej podstawą decyzji oraz podejmowanie decyzji na podstawie *ratio decidendi*, mogą być do siebie sprowadzone w ocenie J. Wróblewskiego³⁸. Ustalenie typu faktów, mających określone cechy (poza którymi co prawda istnieją jeszcze cechy przypadkowe), które powinny wywoływać daną decyzję można porównać do wyznaczenia reguły ogólnej wynikającej z „istotnego podobieństwa” między faktami. Twierdzenie to jest poniekąd uzasadnione, ale trzeba również wyraźnie zaznaczyć, o czym zapomniał J. Wróblewski, że w przypadku

³⁵ G.J. Postema, *A Similibus ad Similia – Analogical Thinking in Law*, [w:] D.E. Edlin, *Common Law Theory*, Cambridge 2007, s. 102–103; E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago 1949, s. 1.

³⁶ C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York–Oxford 1996, s. 71; A.W.B. Simpson, *The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent*, [w:] A.G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford 1961, s. 157–158.

³⁷ J. Wróblewski, *Precedens i jednolitość...*, s. 526

³⁸ J. Wróblewski twierdzi, że istotne podobieństwo można ująć, jako ustalenie typowych cech faktów, poza którymi istnieją jeszcze cechy przypadkowe. Pozwala mu to na postawienie tezy zakładającej identyczność uzasadnienia precedensu na podstawie wnioskowania przez analogię oraz uzasadnienia polegającego na wyróżnieniu *ratio decidendi* i *obiter dicta*, zob. *ibidem*, s. 527.

podjęcia decyzji D2 na podstawie reguły prawnej wyznaczonej w decyzji D1, ustalone fakty f2 muszą należeć bezpośrednio do typu faktów wyznaczonych w decyzji precedensowej – ustalone fakty muszą być w pewnym zakresie identyczne, fakty f muszą być powtórzone w obydwu sprawach. Natomiast w przypadku uzasadnienia przez analogię z decyzji fakty f2 muszą być „tylko i aż” pod istotnymi względami podobne do faktów f1. Fakty f1 są łączone z faktami f2, tworząc nowy szerszy typ faktów, z którymi wiązane są konsekwencje k1 lub podobne pod istotnymi względami do k1.

Wyznaczany szerszy typ faktów tworzy *ratio decidendi* o szerszym zakresie. *Ratio decidendi* poprzedniego orzeczenia jest „wzbogacane” o nową klasę faktów prawnych występujących w rozstrzyganym właśnie przypadku prawnym. Takiej sytuacji nie ma w przypadku modelu z reguły, w którym za każdym razem *ratio decidendi* powinno być tożsame z uprzednio wyznaczonym w decyzji precedensowej. Stanowi to niewątpliwie powód wyraźnego rozróżnienia w doktrynie anglosaskiej obu modeli rozumowań, o którym wspomina T. Stawewki, przytaczając myśl Lorda Bractona, który już w XIII w. stwierdził, że jeśli pojawią się w sprawie okoliczności, których nie było w sprawie wcześniejszej, to trzeba sięgnąć po analogię³⁹.

Bardzo rzadko zdarza się, żeby zapadłe orzeczenie było precyzyjnym wyrazem reguły prawnej, mogącej podlegać procesom interpretacji na tej samej zasadzie jak reguły ustawowe. Każdy, kto w jakiś sposób miał do czynienia z procesem orzekania w systemie *common law*, jest w stanie stwierdzić, że dość często sędziowie podjęte decyzje uzasadniają normami prawnymi, których za reguły prawne uznać nie można⁴⁰. Wyraźnie widać to, gdy dokonamy analizy tzw. trudnych przypadków (*hard cases*)⁴¹. Dostrzegł ten problem już w swoich

³⁹ T. Stawewki, *op. cit.*, s. 245. Zob. także E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1999, s. 412–420; M. Balcerzak, *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze inter partes i erga omnes*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *op. cit.*, s. 175.

⁴⁰ W. Ball, *Dworkin and His Critics: the Relevance of Ethical Theory in Philosophy of Law*, *Ratio Juris* 3, No. 3, December 1990, s. 28.

⁴¹ Pojęcie *hard case* nie jest pojęciem jednolitym. We współczesnej teorii i filozofii prawa łączone jest najczęściej z koncepcją prawa R. Dworkina i z prezentowanym

wczesnych pracach R. Dworkin i próbując uchwycić naturę oddziaływania orzeczeń precedensowych, zaproponował alternatywną w stosunku do *rule model* koncepcję. Można ją określać mianem modelu z zasady.

W ujęciu zaproponowanym przez R. Dworkina, precedensami są decyzje, które tworzą nowe zasady prawne, lub decyzje, które istnienie zasady prawnej potwierdzają. Inaczej mówiąc, za orzeczenia precedensowe uznane mogą zostać decyzje, które po przeprowadzeniu analizy aktów prawnych oraz wcześniejszych orzeczeń, zapadłych w sprawach podobnych, wydobywają zasadę prawną, której te uprzednie orzeczenia lub akty prawne są przejawem i na jej podstawie rozstrzygają aktualnie rozpatrywany przypadek, ewentualnie decyzje rozstrzygające konkretny przypadek na podstawie wyartykułowanej

przez niego wąskim rozumieniem tego pojęcia. Niekiedy pojęcie *hard case* używane jest w sposób intuicyjny. Służy do określenia spraw szczególnie złożonych, a jednocześnie bulwersujących opinię publiczną. Przykładem może być jedna z najsłynniejszych spraw o zabójstwo – sprawa O.J. Simpsona z 1995 r. Pokazuje ona równocześnie, że przypadki trudne mogą wynikać z braku zgody wśród prawników, jak rozstrzygnąć daną kwestię. W procesie karnym O.J. Simpson został uniewinniony z zarzutu podwójnego morderstwa. Sąd cywilny natomiast, który nie był związany wyrokiem sądu karnego, w 1997 r. zażądał od Simpsona odszkodowania w wysokości 33,5 mln dolarów dla rodzin zmarłych, uznając, że Simpson pozbawił ich życia. Niektórzy autorzy używają też pojęcia *hard case* w odniesieniu do skomplikowanych spraw konstytucyjnych. W literaturze spotkane jest również odmienne ujęcie spraw trudnych w porównaniu do tego, jak przedstawił je w swojej teorii R. Dworkin. Zgodnie z nim trudne przypadki występują nie tylko w procesie stosowania prawa i powiązanej z nim wykładni, lecz mogą dotyczyć również procesów tworzenia prawa, jego obowiązywania i przestrzegania. Możemy więc mówić o szerszym rozumieniu trudnych przypadków. W tym ujęciu *hard cases* to sytuacje, w których istnieje wiele możliwych rozwiązań, dających się uzasadnić w procesie dyskursu praktycznego na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności. Z trudnymi przypadkami więc mają do czynienia nie tylko sędziowie, ale również ustawodawca i obywatele. W niniejszym artykule istotną rolę odgrywać będzie jednak sposób pojmowania trudnych spraw zaproponowany przez R. Dworkina. *Hard case* w jego ujęciu to sprawy, których na podstawie reguł rozstrzygnąć się nie da, ponieważ albo rozpatrywana sytuacja nie podlega pod sformułowany wcześniej przez upoważnione to tego instytucje prawne przepis, czyli nie istnieje reguła, albo reguła istniejąca nie jest wystarczająco jasna, żeby móc na jej podstawie wydać jednoznaczne rozstrzygnięcie, zob. J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008, s. 18–25; R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 155.

już zasady. Tym samym orzeczenia tego typu potwierdzają obecność zasady prawnej w systemie prawa.

W obu przypadkach orzeczenia precedensowe to orzeczenia podjęte na podstawie zasad prawnych, których zastosowanie zapewnia nie tylko spójność aksjologiczną linii orzeczniczej, ale co ważniejsze, aksjologiczną spójność prawa⁴². Od tak skonstruowanych decyzji wymaga się, aby w jak najlepszy sposób wyjaśniały poza danym przypadkiem również inne precedensy, a nawet regulacje prawa ustawowego i to nie tylko obowiązujące w danym czasie. Jak widać ich rola jest dużo bardziej skomplikowana, niż z pozoru mogłoby się wydawać. Precedensy mają stanowić „pomost” łączący wcześniejsze decyzje z tymi, które dopiero zostaną podjęte. Decyzje określane mianem precedensowych powinny pasować w maksymalnym stopniu do wyczerpującej i spójnej interpretacji całej historii systemu prawnego. Powinny być usprawiedliwione przez zasady moralne wkomponowane w system prawa oraz pozostałe instytucje systemu politycznego⁴³. Jednym słowem powinny zapewniać realizację wymogu totalnej spójności (*integrity*). Realizację tego postulatu umożliwiają jedynie zakodowane w orzeczeniach precedensowych zasady prawne. Ich pochodzenie od zasad moralnych sprawia, że są nośnikami pewnych wartości zakorzenionych w społeczeństwie.

Każdorazowe odwołanie się do orzeczeń precedensowych jest częścią dyskursu prowadzonego w obrębie wspólnoty prawników. Dyskurs ten jest aksjologiczny – o wartościach, jakie zasady prawne nakazują realizować.

Na zakończenie tej części rozważań, warto kilka słów poświęcić modelowi rozumowania sędziów na podstawie zapadłych decyzji, który jest charakterystyczny dla systemu *civil law*. Nazwać go można modelem z reguły decyzji, o której pisze J. Wróblewski.

W systemie prawa kontynentalnego decyzja sądowa jest decyzją stosowania prawa obowiązującego, co – jak pisze J. Wróblewski – wyraża się w tym, że jest to decyzja uzasadniana poprzez stosowane normy prawne, które wyrażone są w aktach prawa stanowionego.

⁴² B. Greczner, *Precedens a spójność aksjologiczna prawa w ujęciu R. Dworkina*, Przegląd Prawa i Administracji, pod red. M. Jabłońskiego, t. 82, Wrocław 2010, s. 32–33.

⁴³ S.W. Ball, *op. cit.*

Podstawa normatywna, w postaci przepisu prawnego, jest nieodzowna⁴⁴ i zawsze musi zostać wskazana w uzasadnieniu. Decyzje sądowe w systemie kontynentalnym nie mogą stanowić samodzielnej podstawy prawnej przyszłych rozstrzygnięć.

Nie oznacza to jednak, że wcześniejsze decyzje nie odgrywają żadnej roli w procesie sądowego stosowania prawa. W praktyce stanowią istotny czynnik wpływający na ostateczny kształt reguły decyzji kolejnych rozstrzygnięć. Oddziałują na jej finalny kształt dzięki wykładni, która została w nich „zakodowana”⁴⁵. Powołanie się na wcześniejsze orzecznictwo ma za zadanie unifikację sposobów wykładni poszczególnych przepisów prawnych. W systemie *civil law* pojęciem precedensu można posługiwać się w sytuacji, w której decyzja D2 została podjęta na podstawie decyzji D1, ponieważ daje się uzasadnić tą samą regułą decyzji R (podstawą normatywną i regułami wykładni), którą uzasadniono decyzję D1. W takiej sytuacji o decyzji D1 można mówić jako o decyzji precedensowej. Wspólnym elementem obu rozstrzygnięć w tym wypadku jest reguła decyzji wraz z podstawą normatywną.

W konsekwencji, te rozważania prowadzą do wniosku, że decyzja D2 daje się uzasadnić tą samą regułą decyzji R, którą została uzasadniona decyzja D1, tylko jeśli sędzia wydający decyzję D2 dokonał tych samych ustaleń interpretacyjnych, uwzględnił te same reguły i/lub oceny pozaprawne oraz zasady systemu prawa, które stały się podstawą wydania decyzji D1. Uprawnione więc wydaje się określenie tego typu decyzji jako precedensu wykładni⁴⁶.

Przedstawiony powyżej typ argumentacji jest charakterystyczny dla uzasadnienia decyzji opartej na precedensie w szerokim rozumieniu tego terminu. Jest szczególnie istotny w systemie prawa kontynentalnego w sytuacjach, gdy powołane orzecznictwo jest elementem dodat-

⁴⁴ Powołane orzeczenia mogą być jedynie elementem dodatkowo uzasadniającym podjętą decyzję.

⁴⁵ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 316.

⁴⁶ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, wyd. III, Warszawa 2003, s. 269; Ch. Grzegorzczak, M. Tropper, *Precedens in France*, [w:] N. MacCormick, R.S. Summers, A.L. Goodhart (red.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study (Applied Legal Philosophy)*, Dartmouth 1997, s. 103.

kowo uzasadniającym podjętą decyzję, która bezwzględnie musi być oparta na właściwej podstawie normatywnej prawa stanowionego.

Zaprezentowana typologia, wykorzystując kryterium rozumowań sędziowskich, w podstawowym stopniu określa, jak można rozumieć pojęcie precedensu. Wyróżnia pięć rodzajów sytuacji prawnych mogących zostać objętych tym mianem. W tym miejscu warto wyraźnie wspomnieć, że prawo angielskie i amerykańskie (jako reprezentanci kultury *common law*) za precedens uważają cztery pierwsze przypadki. Oddają one specyfikę rozumowań z precedensu dominujących w tej kulturze prawnej. Dla kultury kontynentalnej z kolei typowym ujęciem jest model z reguły decyzji, w myśl którego założenia decyzje sądowe stanowią jedynie dodatkowy argument kształtujący regułę decyzji za pomocą zawartej w nich wykładni.

Tak rozumianym pojęciem precedensu wraz z jego typologią posłużyć się jako narzędziem prowadzenia dalszych rozważań nad charakterystyką orzeczeń wydanych przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Ustalenie podobieństwa wydanych przez Trybunał decyzji do zaproponowanych wzorcowych modeli oddziaływania precedensów doprowadzić może do wskazania wyroków precedensowych i ustalenia typów rozumowań prowadzonych na podstawie wcześniejszych decyzji, które wykorzystywane są w procesie sądowego stosowania prawa przez sędziów europejskich. Realizacja tego zadania umożliwi ponadto ustalenie, czy przeprowadzane rozumowania charakterystyczne są dla systemu *common law* czy też *civil law*.

Pełna analiza wszystkich rodzajów orzeczeń wydawanych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tak skromnym opracowaniu jest niemożliwa do przeprowadzenia⁴⁷. Swoją uwagę skupię jedynie

⁴⁷ Należy zwrócić uwagę na fakt, iż TSUE nie powinien jawić się nam jako jeden organ. Pod względem funkcjonalnym w jego obrębie wyróżniane są trzy niezależne sądy: Trybunał Sprawiedliwości, Sąd Pierwszej Instancji oraz sądy wyspecjalizowane (art. 19 TUE). Każdy z nich jest właściwy do rozpoznawania skarg w obrębie swojej jurysdykcji. Trybunał Sprawiedliwości rozpatruje:

- 1) Sprawy ze skarg skierowanych przeciwko państwom członkowskim w zakresie niewywiązywania się przez nie ze zobowiązań wynikających z Traktatu (art. 258 i 259 TFUE) oraz ze skarg wnoszących o nałożenie na państwa członkowskie ryczałtu lub okresowej kary pieniężnej w sytuacji, gdy państwo to nie zastosowało się do wcześniejszego wyroku ETS (art. 260 TFUE).

na orzeczeniach prejudycjalnych, jednak bez szczegółowego omawiania uwzględnionych orzeczeń. Dla celów egzemplifikacyjnych odwołam się do wyroków w sprawie: Francovich i Bonifacy i inni przeciwko Republice Włoch⁴⁸, Säger⁴⁹ czy Schmidberger⁵⁰. Powyższe decyzje są doskonałymi przykładami orzeczeń, które generują zasady prawne. W sprawie Francovich i Bonifacy Trybunał ustalił zasadę, z której wynika, że państwo członkowskie zobowiązane jest naprawić szkody wyrządzone jednostkom poprzez naruszenie prawa wspólnotowego, które powinno przestrzegać. Ponosi zatem odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu szkód wyrzą-

- 2) Sprawy w zakresie skarg wnoszonych przez państwo członkowskie, których przedmiotem jest skontrolowanie legalności bezwzględnie obowiązujących aktów prawnych (art. 263 TFUE) oraz skarg na bezczynność (art. 265 TFUE), kierowanych:
 - a) przeciwko aktowi lub zaniechaniu Parlamentu Europejskiego lub Rady albo obu tych instytucji stanowiących wspólnotę, z wyjątkiem:
 - decyzji przyjętych przez Radę na podstawie art. 108 ust. 2 akapit trzeci TFUE;
 - aktów Rady przyjętych zgodnie z rozporządzeniem Rady dotyczącym handlowych środków ochronnych w rozumieniu art. 207 TFUE;
 - aktów Rady, poprzez które Rada wykonuje uprawnienia wykonawcze zgodnie z art. 291 ust. 2 TFUE;
 - b) przeciwko aktowi lub zaniechaniu Komisji na podstawie art. 331 ust. 1 TFUE (art. 51 akapit pierwszy Statutu TS).
- 3) Sprawy w zakresie skarg wnoszonych na podstawie art. 262 lub 265 TFUE przez jedną z instytucji Unii przeciwko aktowi lub zaniechaniu Parlamentu Europejskiego, Rady, obu tych instytucji stanowiących wspólnie lub Komisji, jak również w przypadkach skargi jednej z instytucji Unii przeciwko aktowi lub zaniechaniu Europejskiego Banku Centralnego (art. 51 akapit drugi Statutu TS).
- 4) Sprawy ze skargi państw członkowskich wnoszonych przeciwko innym państwom należącym do UE, jeżeli ich przedmiot dotyczy zakresu stosowania Traktatu oraz został poddany rozstrzygnięciu ETS na mocy porozumienia pomiędzy tymi Państwami (art. 273 TFUE).
- 5) Sprawy ze skarg wynikających z działań Europejskiego Systemu Banków Centralnych w zakresie i na zasadach określonych (art. 271 TFUE).
- 6) Funkcją odrębną jest wydawanie na wnioski sądu Państwa członkowskiego w trybie art. 267 TFUE orzeczeń prejudycjalnych.
- 7) Ponadto Trybunał Sprawiedliwości jest sądem drugiej instancji w sprawach dotyczących skarg rozpatrywanych przed Sądem Pierwszej Instancji.

⁴⁸ Sprawa C 6-9/90 (treść orzeczeń dostępna jest na stronach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (www.curia.europa.eu)).

⁴⁹ Sprawa C-76/90.

⁵⁰ Sprawa C-112/00.

dzonych przez naruszenie prawa wspólnotowego. Rozstrzygając sprawę *Säger v. Dennemeyer* Trybunał Sprawiedliwości ukształtował zasadę zakazującą stosowania nawet ograniczeń niedyskryminacyjnych w stosunku do usług. Z kolei rezultatem działalności Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Schmidberger* jest zasada zakładająca, że ochrona praw fundamentalnych może usprawiedliwiać ograniczenie wolności gospodarczych. NA podstawie tych przykładów widać wyraźnie, że Trybunał potraktował orzecznictwo jako sposób na generowanie zasad niezbędnych do rozstrzygania kolejnych spraw w sytuacjach braku kompletnej regulacji prawnej. Zasady wyrażone w tych orzeczeniach zostały bowiem następnie uwzględnione podczas rozstrzygania kolejnych przypadków⁵¹. Wystarczy wskazać orzeczenie Trybunału zapadłe w sprawie *M. Guiot and Climatec*, w którym sędziowie uwzględnili zakaz stosowania ograniczeń niedyskryminacyjnych w stosunku do usług i otwarcie odesłali do orzeczenia *Säger v. Dennemeyer*. Kolejnym przykładem uwzględniania zasad zakodowanych w orzecznictwie może być decyzja podjęta przez Trybunał w sprawie *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL v. Administración del Estado*⁵². W wydanym orzeczeniu sędziowie wyraźnie wskazali sprawę *Francovich i Bonifacy i inni przeciwko Republice Włoch* jako przykład utrwalonego orzecznictwa stanowiącego źródło zasady odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone jednostkom poprzez naruszenie prawa Unii, które można mu przypisać.

W świetle tych przykładów wpływ wcześniejszych decyzji sądowych na kolejne rozstrzygnięcia jest więc niepodważalny. Należy udzielić odpowiedzi twierdzącej na stawiane w pracy pytanie i uznać, że w systemie prawa europejskiego mamy do czynienia z rzeczywistymi precedensami. Tym samym kwestionowanie precedensowego charakteru orzeczeń precedensowych jest nieuzasadnione i należałoby je uznać za niezgodne z obserwowaną rzeczywistością.

Odwoływanie się przez sędziów europejskich do wcześniejszych decyzji nie jest zwykłym bezrefleksyjnym ich cytowaniem. Sędziowie

⁵¹ W ramach przykładu można wspomnieć następujące orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich: *Salomone Haim v. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, Case C-424/97 albo rozstrzygnięcie Case C-272/94, *Guiot and Climatec*, (1996) ECR-I, s. 1905, par. 10.

⁵² Sprawa C-118/08.

wyraźnie korzystają z techniki zwanej w literaturze „argumentem z precedensu”⁵³. W przytoczonych przeze mnie przykładach wykorzystywaną strukturą rozumowania zapewniającą oddziaływanie rozstrzygnięć już zapadłych na kolejne decyzje jest metoda z zasad. Konsekwencją jej wykorzystania jest wytworzenie się linii orzeczniczej zapewniającej powtarzalność orzecznictwa oraz nabycie coraz większej siły grawitacyjnej przez tzw. *leading case*. Każde kolejne rozstrzygnięcie jest potwierdzeniem słuszności i podstawą dalszego trwania wykształconej zasady prawnej. Zastosowanie metody z zasad zapewnia nie tylko spójność aksjologiczną linii orzeczniczej, ale co ważniejsze aksjologiczną spójność całego prawa i dlatego tak chętnie wykorzystywane jest przez sędziów europejskich, którym przyświeca chęć stworzenia mocnych fundamentów Unii Europejskiej opartych na jednolitych wartościach. Metoda rozumowania z zasad akceptowana jest nie tylko przez sędziów, ale przez całą europejską wspólnotę prawników. Jej powszechna akceptacja, wbrew pierwotnym założeniom systemu prawa europejskiego, zapewnia wytworzenie się jednolitych wzorców kształtujących praktykę stosowania prawa typową dla kultury *common law*, a nie systemu *civil law*.

Podsumowując, należy wyraźnie zaznaczyć, że pora przestać udawać, iż za prawem Unii Europejskiej stoi jedynie wzorzec kultury prawnej typowy dla systemów prawa kontynentalnego. Kształtująca się europejska kultura prawna nic sobie nie robi z dotychczasowej osi podziału na kulturę prawa kontynentalnego i *common law*. Analiza oddziaływania orzeczeń (zwłaszcza orzeczeń prejudycjalnych), w procesie sądowego stosowania prawa, pozwala nam dostrzec w rozumowaniu prowadzonym przez sędziów europejskich elementy charakterystyczne dla systemu *common law*. Poczynione obserwacje prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż w następstwie zmian zachodzących w obrębie kultury prawa europejskiego jesteśmy świadkami powstawania systemu precedensowego, którego istnienie akceptowane jest przez wspólnotę prawników. Zmiana zachodząca w sferze stosowania prawa europejskiego stanowi doskonały przykład zacierania się granic między obiema kulturami prawnymi.

⁵³ T. Koncewicz, *op. cit.*, s. 212: zasada wyrażona w tych orzeczeniach zostaje następnie przechwycona przez kolejne sprawy.

Znaczenie Agencji Praw Podstawowych w kształtowaniu systemu ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej

Unia Europejska zapewnia ochronę praw podstawowych¹, uznając ją za jedną z ogólnych zasad prawa wspólnotowego. Choć pierwotnie traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie nie zawierały wyraźnych odniesień do praw człowieka, to jednak ich poszanowanie jest wartością wspólną dla wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej „Unia szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 roku, oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego (...)”. Prawa podstawowe stanowią fundament funkcjonowania Unii Europejskiej. Ich ochrona i propagowanie jest najważniejszym celem integracji europejskiej.

Jednak wraz z coraz szerszym zasięgiem obowiązywania prawa wspólnotowego, zdarzało się, że decyzje, podejmowane przez organy Wspólnoty oraz państwa członkowskie implementujące normy prawa wspólnotowego, prowadziły do naruszania praw podstawowych. W początkowym orzecznictwie Europejski Trybunał Sprawiedliwości odmawiał rozpatrywania spraw z zakresu ochrony praw podstawowych. Dopiero w 1969 r. uznał, że prawa podstawowe należą do ogól-

¹ „Pojęcie prawa podstawowe (ang. *fundamental rights*, fr. *droits fondamentaux*, niem. *Grundrechts*) jest specyficznym pojęciem prawa. Powstało ono w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i używane jest do dnia dzisiejszego. Trybunał Sprawiedliwości pierwszy raz posłużył się tym pojęciem w roku 1969 w sprawie Stauder. Jednak ani w orzeczeniu dotyczącym tej sprawy, ani w orzeczeniach w innych sprawach Trybunał Sprawiedliwości nie zdefiniował zakresu pojęcia prawa podstawowe (...)”, zob. J. Plaňavová-Latanowicz, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i ochrona praw podstawowych*, Warszawa 2000, s. 23.

nych zasad prawa wspólnotowego. Europejski Trybunał Sprawiedliwości sformułował regułę, zgodnie z którą źródeł praw podstawowych, należy szukać w konstytucyjnych tradycjach państw członkowskich oraz w międzynarodowych instrumentach ochrony praw człowieka, zwłaszcza zaś w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Swoistą kodyfikacją praw podstawowych obowiązujących w Unii Europejskiej stanowi Karta Praw Podstawowych, proklamowana przez przywódców Unii Europejskiej w grudniu 2000 r. Zbiór ten, mający charakter ponadnarodowy, stanowi potwierdzenie tych praw, ponieważ wywodzą się one w szczególności z tradycji konstytucyjnych i zobowiązań międzynarodowych wspólnych dla wszystkich państw członkowskich, Konwencji Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W Karcie deklaruje się, że „narody Europy są zdecydowane dzielić ze sobą pokojową przyszłość opartą na wspólnych wartościach w Unii Europejskiej, zbudowanej na niepodzielnych, powszechnych wartościach godności osoby ludzkiej, wolności, równości i solidarności; opartej na zasadach demokracji i państwa prawnego”². Wchodząc w skład Traktatu Konstytucyjnego, wraz z wejściem w życie traktatu z Lizbony, Karta Praw Podstawowych uzyskała rangę dokumentu prawnie wiążącego³.

Obecnie ochrona praw człowieka i praw podstawowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej jest także wzmacniana poprzez inne międzynarodowe instrumenty, w szczególności powstałe w ramach systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych lub struktury organizacyjne tworzone na poziomie europejskim⁴.

² *Agencja Praw Podstawowych, Działalność w 2007 roku*, Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, 2009, wersja elektroniczna: http://fra.europa.eu/fra-Website/attachments/ar08_p1_pl.pdf (odczyt: 21 VI 2011 r.).

³ Kartę zaakceptowały wszystkie kraje członkowskie z wyjątkiem Polski i Wielkiej Brytanii. Państwa te zgłaszając uwagi, zastrzegły ograniczenie jej ochrony dla swoich obywateli przez przepisy w protokole 7, zwanym także „protokołem brytyjskim”.

⁴ A. Bodnar, *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich*, [w:] R. Wąsowicz (red.), *Zeszyty, Ośrodek Informacji i Dokumentacji Europejskiej*, 9, Warszawa 2008, s. 58 i n., wersja elektroniczna: http://oide.sejm.gov.pl/oide/images/files/publikacje/zeszyty_OIDE_09.pdf (odczyt: 21 VI 2011 r.).

Celem artykułu jest próba ukazania działalności jednej z agencji europejskich mogącej mieć wpływ i kształtować system prawny, zarówno na gruncie prawa wspólnotowego, jak i prawa państw członkowskich, w zakresie praw i wolności każdego człowieka i obywatela. Z powyższego wynika, że działalność organu unijnego⁵, jakim jest Agencja Praw Podstawowych, może, lecz nie musi, wpływać na kształtowanie się prawa. Jej aktywność ogranicza się bowiem tylko do formy działania w charakterze prawa nieobowiązującego, zwanego *soft-law*, konkretnie zaś do wydawania opinii, rekomendacji, które to jednak nie mają mocy prawnie wiążącej. Agencja nie jest więc w stanie w sposób aktywny i zupełnie dowolny uczestniczyć w kształtowaniu prawa na poziomie zarówno europejskim, jak i poszczególnych państw członkowskich.

Aby móc w pełni przedstawić znaczenie Agencji i jej rolę w systemie ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej, należy najpierw przedstawić przyczyny utworzenia i celu działalności Agencji Praw Podstawowych, miejsca tej organizacji w systemie instytucjonalnym Wspólnoty Europejskiej, wskazać rodzaje aktywności i ocenić ich wpływ na system prawny związany z ochroną praw podstawowych oraz zastanowić się nad istnieniem realnej potrzeby dalszego funkcjonowania Agencji Praw Podstawowych. Innymi słowy wskazać, jakich negatywnych skutków można by było oczekiwać ze strony funkcjonującego aparatu instytucjonalnego, politycznego i administracyjnego w kwestii praw i wolności człowieka i obywatela, gdyby owej Agencji nie było.

Aby dokonać analizy, pozwalającej na udzielenie odpowiedzi na powyższe wątpliwości, należy najpierw wskazać, czym są agencje w systemie instytucjonalnym Wspólnoty Europejskiej, wyróżnić i ukazać działalność Agencji Praw Podstawowych, przedstawiając realizowane przez nią zadania, by na podstawie tych rozważań pokusić się o analizę roli i znaczenia omawianej Agencji w kształtowaniu systemu ochrony praw podstawowych.

⁵ Pojęcie organów „unijnych” czy też sieci „unijnych”, jakim są agencje, należy rozumieć w znaczeniu określonej prawnej relacji łączącej poszczególne państwa członkowskie, ich organy, z Komisją Europejską, zob. M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 278.

1. Agencje w systemie Unii Europejskiej

Agencje, będące organami podlegającym europejskiemu prawu publicznemu, są istotnym elementem koncepcji *new governance* w Unii Europejskiej⁶, stworzonymi na mocy rozporządzeń Rady UE, czyli wtórnego prawa europejskiego. Od momentu wejścia w życie 1 listopada 1993 r. Traktatu o Unii Europejskiej agencje powoływane są na podstawie procedury współdecydowania, czyli na podstawie rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady UE, w celu wykonywania pewnych zadań mających charakter specjalistyczny. Do powstania modelu agencji wspólnotowych, jako formy decentralizacji zarządzania, przyczynił się realny podział władzy wykonawczej w systemie Unii Europejskiej. Ponieważ władzę tę piastują Rada Unii Europejskiej oraz Komisja, pomiędzy którymi istnieje nieprecyzyjnie sformułowany system podziału kompetencji, zrodziła się potrzeba utworzenia niezależnych form, których działalność skutecznie niwelowałaby subiektywność decyzji organów unijnych i państw członkowskich. Agencje, wykonujące pewne specjalistyczne zadania, powstały po to, by sprostać nowym zobowiązaniom natury prawnej, technicznej lub naukowej. W literaturze przedmiotu, dla określenia tego typu organizacji, wskazuje się agencje jako autonomiczne i odseparowane od organów instytucjonalnych Wspólnot Europejskich ciała władzy publicznej. Oznacza to, że agencje nie stanowią szczebla w systemie instytucjonalnym konkretnego organu Wspólnoty. Ważne jest, że posiadają one osobowość prawną. Cecha ta pozwala bowiem bardziej elastycznie wypełniać coraz więcej zadań o charakterze technicznym, naukowym i zarządzać specyficznymi dziedzinami polityki wspólnotowej⁷.

Celem istnienia Agencji jest „aktywne wspieranie instytucji wspólnotowych i organów państw członkowskich w identyfikowaniu, przy-

⁶ M. Niedźwiedź, *Karta Praw Podstawowych a koncepcja „nowego rządu” w Unii Europejskiej*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009, s. 65.

⁷ A. Dumala (red.), *Agencje Unii Europejskiej. Informator*, Warszawa 2002, s. 14 i n.

gotowaniu oraz ocenie określonych środków politycznych i wytycznych (...)”⁸. Agencje mogą być powoływane także do wykonywania zadań w takich dziedzinach, w których kompetencje UE nie są wyraźne, ale państwa członkowskie chcą mieć środki do wspólnego działania⁹.

Agencje europejskie, mające pewne wspólne cechy¹⁰ i zadania¹¹, można podzielić na te o charakterze regulacyjnym¹² i nieregulacyjnym¹³. Agencja Praw Podstawowych należy do grupy agencji nieregulacyjnych, informacyjnych.

⁸ E. Vos, *Agencies and the European Union*, [w:] L.F.M. Verhey, T. Zwart (edd.), *Agencies in European and Comparative Perspective*, Maastricht 2003, s. 114, za: G. Krawiec, *Europejskie prawo administracyjne*, Warszawa 2009.

⁹ G. Krawiec, *op. cit.*, s.71.

¹⁰ Do wspólnie posiadanych cech w modelu agencji wskazuje się: 1) powoływanie ich na podstawie aktów prawa pochodnego, 2) posiadanie przez nie osobowości prawnej, 3) dysponowanie własnym aparatem administracyjnym, 4) posiadanie własnych kompetencji, 5) powierzanie im wykonywania pewnych zadań w zakresie odjętym kompetencjami Unii Europejskiej, 6) brak możliwości przyporządkowania ich jako części instytucji bądź organów traktatowych.

¹¹ Choć przed poszczególnymi agencjami postawiono różne zadania, istnieje możliwość wyróżnienia kilku zadań ogólnych leżących u podstaw działalności agencji wśród których wyróżnia się: 1) wnoszenie do działań WE elementu decentralizacji i rozproszenia geograficznego, 2) nadawanie wyższej rangi zadaniom, jakie zostały im powierzone, poprzez utożsamianie ich z samą agencją, 3) opracowywanie przez niektóre agencje naukowego lub technicznego *know-how* w określonych, precyzyjnie zdefiniowanych dziedzinach, 4) integrowanie przez niektóre z nich różnych grup interesów w celu ułatwienia dialogu na szczeblu europejskim.

¹² Agencje, które są aktywnie włączone w stanowienie i wykonywanie prawa wspólnotowego przez wydawanie instrumentów, które przyczyniających się do regulacji danego sektora, w tym przez wydawanie decyzji indywidualnych, zwane będą agencjami regulacyjnymi.

¹³ Agencje, których zadaniem jest: 1) wspieranie Komisji w wykonywaniu wspólnotowych programów wsparcia finansowego, powoływanych na czas określony i mających ograniczoną autonomię działania, 2) spełnianie funkcji obserwacyjnych i informacyjnych i których zadaniem jest gromadzenie i przetwarzanie informacji, 3) monitorowanie przestrzegania prawa wspólnotowego, zwane będą agencjami nieregulacyjnymi.

2. Geneza Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej

Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej (European Union Agency for Fundamental Rights – w skrócie: FRA) jest jedną z agencji wspólnotowych, powołaną w celu wspierania instytucji unijnych i państw członkowskich w wykonywaniu prawa wspólnotowego. Agencje są odpowiedzialne na dążenie do zwiększenia miary geograficznego, rzeczywistego oddziaływania Unii Europejskiej na kraje członkowskie oraz potrzeby radzenia sobie z nowymi zadaniami o charakterze prawnym, technicznym lub naukowym. Sama Agencja Praw Podstawowych jest organem unijnym młodym w swojej współczesnej formie. Wczesniejsze regulacje na gruncie prawa europejskiego pozwalały jednak wyrazić formę pierwotną, regulującą zakres ochrony praw człowieka. Podwalinę dla współcześnie istniejącej Agencji stanowiło Europejskie Centrum Monitoringu Rasizmu i Ksenofobii. Głównym zadaniem tej instytucji było dostarczanie Wspólnocie i jej państwom członkowskim obiektywnych, miarodajnych i porównywalnych danych na poziomie europejskim, dotyczących zjawiska rasizmu, ksenofobii i antysemityzmu. Prace Centrum służyć miały realizacji celu, jakim było udzielenie wsparcia instytucjom europejskim przy podejmowaniu środków i formułowaniu linii działania w sferach ich kompetencji¹⁴.

Dziesięć lat później przedstawiciele państw członkowskich zgromadzeni na posiedzeniu Rady Europejskiej w dniu 13 grudnia 2003 r. uzgodnili, że należy wykorzystać doświadczenia Europejskiego Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii i rozszerzyć jego mandat, by przekształcić Centrum w Agencję Praw Człowieka, z zachowaniem jego siedziby w Wiedniu. Komisja poparła to uzgodnienie i zgłosiła zamiar przedstawienia wniosku odpowiednio zmieniającego rozporządzenie dotyczące Centrum. W dniu 25 października 2004 r. wystosowała komunikat w sprawie Agencji Praw Podstawowych, na podstawie którego przeprowadzono szerokie konsultacje społecz-

¹⁴ A. Dumała (red.), *op. cit.*, s. 219.

ne, których rezultatem okazało się powstanie Agencji. Uzgodniono, że nowo powstała organizacja będzie dostarczać informacji, pomocy oraz wiedzy fachowej w zakresie praw podstawowych odpowiednim instytucjom i organom Wspólnoty oraz państwom członkowskich przy wdrażaniu przez nie prawa wspólnotowego, by zagwarantować pełne przestrzeganie praw podstawowych przez te instytucje i organy podczas podejmowania przez nie środków lub określania kierunków działań w dziedzinach należących do ich kompetencji. Wskazano także na powinność ograniczenia działalności FRA do stosowania prawa wspólnotowego oraz konieczności odwoływania się do praw podstawowych¹⁵, w tym praw określonych w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a zwłaszcza do praw podstawowych wymienionych w Karcie Praw Podstawowych, przy uwzględnieniu statusu tej Karty oraz towarzyszących jej objaśnień.

Utworzenie nowej agencji łączyło się z koniecznością określenia jej kompetencji oraz rozwiania wątpliwości związanej z jej faktycznym funkcjonowaniem. Damian Chalmers wskazał, że siła nowo tworzonej Agencji Praw Podstawowych zależeć będzie od trzech czynników. Jako pierwszy z nich wyróżnił charakter opinii prawnych wydawanych przez Agencję, czyli to, czy będą miały one charakter bezwzględnie wiążący, czy też Komisja Europejska będzie mogła je ignorować. Jako drugi wskazał istniejącą niejasność związaną z brakiem regulacji obszaru działalności FRA, konkretnie zaś podejmowania tematów dotyczących III filaru. Bo choć rozporządzenie ustanawiające Agencję odnosi się tylko do I filaru, to jednak niektóre zwroty użyte w preambule mogą wskazywać, że współpraca w sprawach karnych oraz funkcjonowanie policji będą mogły zostać także objęte powyższym zakresem. Jako trzeci czynnik wskazał rolę FRA jako beneficjenta włączenia Karty Praw Podstawowych do porządku prawnego Wspólnot Europejskich. To z kolei, według autora, może radykalnie wpływać na siłę jej oddziaływania na system kompleksowej polityki, obejmującej stworzenie nowych instytucji zajmujących się monitorowaniem przestrzegania praw człowieka, ale także aktywnej polityki w sferze przeciwdziałania

¹⁵ W rozumieniu art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej.

dyskryminacji¹⁶. Niestety, w późniejszym czasie okazało się, że rola FRA nie będzie tak wielka, jak się początkowo wydawało. Stwierdzono bowiem, że skoro Agencja ma korzystać z doświadczeń istniejącego Europejskiego Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii, jej działania powinny w dalszym ciągu obejmować tylko zjawiska rasizmu, ksenofobii i antysemityzmu, ochronę praw mniejszości oraz kwestię równouprawnienia płci, stanowiące podstawowe elementy ochrony praw podstawowych. Jednakże podkreślano, że FRA powinna prowadzić jak najściślejszą współpracę ze wszystkimi właściwymi instytucjami Unii oraz jej organami, biurami i agencjami w taki sposób, by unikać powielania ich prac, zwłaszcza działań mającego powstać Europejskiego Instytutu ds. Równości Kobiet i Mężczyzn.

Zauważyć należy, że mimo rozszerzenia mandatu dotyczącego działalności prawnej Agencji zajmuje się ona jedynie problematyką praw podstawowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej w sytuacji wdrażania prawa wspólnotowego¹⁷. Pod tym względem, jak zauważają John von Bernstorff i Armin von Bogdandy, Agencja koncentruje się na tematyce znacznie węższej niż dawne Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii, które mogło także monitorować państwa członkowskie poza zakresem prawa wspólnotowego, chociaż, jak wskazują autorzy, koncentrując się jedynie w sposób bardziej ograniczony na pewnych formach dyskryminacji. Odwołanie się do prawa wspólnotowego oznacza, że przedmiotowe rozporządzenie pozwala jedynie Agencji na działanie w odniesieniu do tych czynności Unii Europejskiej, które są regulowane przez Traktaty Założycielskie Wspólnoty i Unii Europejskiej. Tym samym przedmiotowe rozporządzenie nie obejmuje działań podejmowanych w dziedzinach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach określonych w traktatach, które mają szczególnie duże znaczenie, jeżeli chodzi o ochronę praw podstawowych¹⁸.

¹⁶ A. Bodnar, *op. cit.*, s. 59.

¹⁷ Zgodnie z art. 3 ust. 3 Rozporządzenia Rady (WE) nr 168/2007 z dnia 15 lutego 2007 r. ustanawiającego Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. UE L z dnia 22 lutego 2007 r.).

¹⁸ J. von Bernstorff, A. von Bogdandy, *The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Rights Architecture: The Legal Framework*

Wraz z utworzeniem Agencji wskazano, że powinna być ona uprawniona do przekazywania swoich opinii – z własnej inicjatywy albo na wniosek Parlamentu Europejskiego, Rady lub Komisji – instytucjom unijnym i państwom członkowskim wdrażającym prawo wspólnotowe, bez ingerowania w procedury legislacyjne i sądowe określone w Traktacie. Instytucje powinny mieć jednakże możliwość zwracania się do Agencji z prośbą o wydanie opinii w sprawie wniosków legislacyjnych lub stanowisk przyjętych w toku procedur legislacyjnych w odniesieniu do zgodności wniosków lub stanowisk z prawami podstawowymi¹⁹.

3. Działanie i współpraca podejmowana przez Agencję

Z określenia celu²⁰ istnienia Agencji wynika, że swoje zadania wykonuje ona w strukturze wielopoziomowej w znaczeniu zarówno wertykalnym, jak i horyzontalnym. Działalność organu unijnego skutkuje bowiem powstaniem wzajemnymi interakcjami między pozostałymi organami administrującymi na poziomie międzynarodowym, europejskim i krajów państw członkowskich. Ponadto funkcjonowanie FRA, zorientowane głównie na instytucje znajdujące się zarówno w europejskiej strukturze prawnej, jak i krajów wspólnotowych w efekcie finalnym może prowadzić do zmiany na poziomie społeczeństwa obywatelskiego, a nawet pojedynczego obywatela europejskiego. Odzwierciedlenie owej tezy stanowi zapewnienie właściwej koordynacji z odpowiednimi organami, biurami i agencjami Wspólnoty²¹

and Some Unsettled Issues in a New Field of Administrative Law, teza nr 4, CML Rev. 2009.4.1035, cyt. za: <http://www.lex.pl>.

¹⁹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 168/2007 z dnia 15 lutego 2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. UE L z dnia 22 lutego 2007 r.).

²⁰ Celem Agencji jest dostarczanie pomocy i wiedzy fachowej w zakresie praw podstawowych odpowiednim instytucjom, organom, biurom i agencjom Wspólnoty oraz jej państw członkowskich przy wdrażaniu przez nie prawa wspólnotowego (...), zob. *ibidem*, rozdz. I, art. 2.

²¹ *Ibidem*, rozdz. II.

oraz możliwość zwracania się do Agencji jako instytucji doradczej o ustalenie zgodności między wdrażanymi zmianami legislacyjnymi w poszczególnych państwach członkowskich a normami prawa wspólnotowego. W odpowiednich przypadkach zasady współpracy ustalane są na mocy protokołów ustaleń.

Zapewnienie współpracy na poziomie międzynarodowym następuje już poprzez wyznaczanie urzędnika rządowego na stanowisko krajowego urzędnika łącznikowego, będącego główną osobą odpowiedzialną za kontakt z Agencją w danym państwie członkowskim. Krajowi urzędnicy łącznikowi mogą między innymi przedstawiać dyrektorowi FRA opinię na temat projektu rocznego programu prac przed jego przedłożeniem zarządowi. Agencja powiadamia krajowych urzędników łącznikowych o wszystkich dokumentach dotyczących zadań wykonywanych przez FRA.

Agencja współpracuje także z organizacjami rządowymi i organami publicznymi właściwymi w zakresie problematyki praw podstawowych w państwach członkowskich, w tym z krajowymi instytucjami zajmującymi się problematyką praw człowieka, oraz Organizacją Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, zwłaszcza z Biurem Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka, z Organizacją Narodów Zjednoczonych, a także z innymi organizacjami międzynarodowymi. Uzgodnienia administracyjne dotyczące współpracy z organami szczególnie ponadnarodowego muszą być zgodne z prawem wspólnotowym i przyjmowane są przez zarząd Agencji na podstawie projektu przedstawionego przez dyrektora FRA po wydaniu opinii przez Komisję. Jeżeli Komisja nie akceptuje tych uzgodnień, zarząd analizuje je ponownie i przyjmuje, w razie potrzeby ze zmianami, większością dwóch trzecich głosów wszystkich członków.

Współpraca Agencji z Radą Europy opiera się na zasadzie uniknięcia powielania działań, „czemu służyć ma w szczególności opracowanie mechanizmów zapewniających komplementarność i wartość dodaną, takich jak zawarcie umowy o współpracy dwustronnej (...)”²². Agencja koordynuje swoją działalność z pracami Rady Europy, w szczególności

²² Umowa między Wspólnotą Europejską a Radą Europy w sprawie współpracy między Agencją Praw Podstawowych Unii Europejskiej a Radą Europy (Dz.U. UE L z dnia 15 lipca 2008 r.).

w odniesieniu do rocznego programu prac oraz do współpracy ze społeczeństwem obywatelskim. W tym celu Wspólnota zawiera z Radą Europy umowę służącą ustanowieniu ścisłej współpracy. Umowa ta przewiduje wyznaczenie przez Radę Europy jednej niezależnej osoby, która ma zasiadać w zarządzie Agencji i w jej radzie wykonawczej.

Agencja prowadzi także współpracę z organizacjami pozarządowymi oraz instytucjami społeczeństwa obywatelskiego zajmującymi się problematyką praw podstawowych, w tym zwalczaniem rasizmu i ksenofobii, na szczeblu krajowym, europejskim lub międzynarodowym. W tym celu „Agencja tworzy sieć współpracy, zwaną platformą praw podstawowych²³, w której skład wchodzi organizacje pozarządowe działające na rzecz poszanowania praw podstawowych²⁴, związki zawodowe i stowarzyszenia pracodawców, odpowiednie organizacje społeczne i zawodowe, kościoły, organizacje religijne, filozoficzne i niewyznaniowe, szkoły wyższe oraz kompetentni specjaliści pochodzący z instytucji i organizacji europejskich i międzynarodowych. Platforma praw podstawowych, której prace koordynowane są przez dyrektora FRA, stanowi mechanizm wymiany informacji i gromadzenia wiedzy. Zapewnia ścisłą współpracę pomiędzy Agencją a stronami (...)”²⁵ oraz pozostaje otwarta dla wszystkich zainteresowanych i zakwalifikowanych stron określonych powyżej.

Agencja może także zwracać się do członków platformy praw podstawowych, zależnie od konkretnych potrzeb związanych z dziedzinami uznanymi za priorytetowe w pracach FRA, o podjęcie przez platformę działań, mogących dotyczyć przedstawienia zarządowi albo propozycji dotyczących rocznego programu prac, albo informacji zwrotnych i zaproponowania dalszych działań w związku z rocznym sprawozdaniem. Rola, jaką odgrywa platforma, może także polegać na informowaniu dyrektora i komitetu naukowego o wynikach i zaleceniach konferencji, seminariów i spotkań istotnych dla prac FRA.

²³ Zob. szerzej Umowa o współpracy między FRA a FRONTEX, wersja elektroniczna: http://fra.europa.eu/fraWebsite/media/mr-270510_en.htm (odczyt: 21 VI 2011 r.).

²⁴ Praktycznym odzwierciedleniem istnienia platformy praw podstawowych są prace w ramach sieci RAXEN oraz FRALEX.

²⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 168/2007 z dnia 15 lutego 2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. UE L z dnia 22 lutego 2007 r.).

4. Cel i zadania Agencji Praw Podstawowych

Celem działalności Agencji jest dostarczanie wiedzy fachowej w zakresie praw podstawowych odpowiednim instytucjom, organom, biurom i agencjom Wspólnoty oraz państwom członkowskim przy wdrażaniu przez nie prawa wspólnotowego. Wsparcie to, polegające na dostarczaniu porównywalnych i rzetelnych informacji oraz danych na szczeblu europejskim, ma na celu zapewnienie pełnego poszanowania praw podstawowych²⁶. Aby móc realizować cel, do którego została utworzona Agencja, w rozporządzeniu ustanawiającym FRA określono zadania i granice wykonywanych przez nią kompetencji. Wśród zadań wymienionych w rozporządzeniu ustanawiającym Agencję Praw Podstawowych, oprócz działań na rzecz zwalczania rasizmu i ksenofobii, wskazuje się²⁷ te związane *sensu stricto* z rolą informacyjno-dorad-

²⁶ Ł. Kułaga, *Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, [w:] C. Mika, K. Gałka (red.), *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, Toruń 2009, s. 229.

²⁷ „Agencja: 1) gromadzi, rejestruje, analizuje i rozpowszechnia istotne, obiektywne, rzetelne i porównywalne informacje oraz dane, w tym wyniki badań i monitorowania przekazane jej przez państwa członkowskie, instytucje Unii Europejskiej oraz organy, biura i agencje Wspólnoty i Unii Europejskiej, ośrodki badawcze, organy krajowe, organizacje pozarządowe, kraje trzecie i organizacje międzynarodowe, a w szczególności właściwe organy Rady Europy. Wnioski, opinie i sprawozdania, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć wniosków Komisji zgłoszonych na mocy art. 250 Traktatu lub stanowisk przyjętych przez instytucje w toku procedur legislacyjnych jedynie w przypadku, gdy odpowiednia instytucja wystosuje wniosek w tej sprawie zgodnie z ust. 1 lit. d). Wnioski, opinie i sprawozdania, o których mowa w ust. 1, nie dotyczą legalności aktów prawnych w rozumieniu art. 230 Traktatu ani kwestii uchybienia przez państwo członkowskie jednemu ze zobowiązań w rozumieniu art. 226 Traktatu, 2) opracowuje metody i standardy poprawy porównywalności, obiektywności i rzetelności danych na szczeblu europejskim, we współpracy z Komisją i państwami członkowskimi, 3) prowadzi badania naukowe i sondaże, wykonuje opracowania przygotowawcze i badania wykonalności, uczestniczy w nich lub zachęca do ich prowadzenia, w tym, w stosownych przypadkach i jeżeli jest to zgodne z jej priorytetami i rocznym programem prac, wykonuje te zadania na wniosek Parlamentu Europejskiego, Rady lub Komisji, 4) formułuje i publikuje, z własnej inicjatywy lub na wniosek Parlamentu Europejskiego, Rady lub Komisji, wnioski oraz opinie na tematy szczegółowe z przeznaczeniem dla instytucji Unii Europejskiej i państw członkowskich wdrażających prawo wspólnotowe, 5) publikuje roczne sprawozdanie na temat kwestii praw podstawowych, które ob-

czą, opartą na kryterium porównywalności, obiektywności, rzetelności i apolityczności. Wśród obszarów zainteresowań Agencja wskazuje także te dotyczące różnych form dyskryminacji, także o podłożu seksualnym i pochodzenia etnicznego, odszkodowań dla ofiar, praw dziecka, azylu, imigracji i integracji imigrantów, wiz i kontroli granicznej, uczestnictwa obywateli w Unii Europejskiej, demokratycznego funkcjonowania, ochrony danych i prawa do prywatności, dostęp do skutecznego i niezależnego wymiaru sprawiedliwości²⁸.

Głównym zadaniem Agencji jest gromadzenie danych i informacji na poziomie poszczególnych krajów, w celu opracowywania analiz porównawczych, które będą sprzyjać lepszemu poznaniu zjawisk rasizmu, ksenofobii i związanej z tym nietolerancji. Zadanie to próbowano realizować przede wszystkim poprzez poprawę jakości danych i informacji²⁹ dostępnych na poziomie Unii Europejskiej, co umożliwiałoby bardziej efektywne kształtowanie polityki na podstawie dowodów oraz

jęte są zakresem działania Agencji, i wskazuje w nim przykłady wzorcowych działań, 6) publikuje sprawozdania tematyczne oparte na prowadzonych przez siebie analizach, badaniach i sondażach, 7) publikuje roczne sprawozdanie ze swojej działalności; oraz 8) opracowuje strategię komunikacyjną oraz propaguje dialog ze społeczeństwem obywatelskim w celu zwiększenia świadomości opinii publicznej w zakresie praw podstawowych oraz aktywnego rozpowszechniania informacji o pracach Agencji”, Rozporządzenie Rady (WE) nr 168/2007 z dnia 15 lutego 2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U.UE L z dnia 22 lutego 2007 r.).

²⁸ *Factsheet on the European Union Agency for Fundamental Rights*, s. 2, wersja elektroniczna: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-10-101_factsheet-BAT_EN.pdf (odczyt: 21 VI 2011 r.).

²⁹ Agencja opracowała korpus wiedzy oparty na danych i informacjach, które wcześniej nie były dostępne na poziomie europejskim. Jak podkreślono w innych rozdziałach sprawozdania, materiały oraz metody wykorzystywane przez FRA do ich zdobycia wywarły wpływ na tworzenie zbiorów danych przez inne organizacje międzynarodowe oraz przyczyniły się do wyznaczenia standardów dotyczących zbierania danych na poziomie krajowym i międzynarodowym. Rozporządzenie o Agencji określa, że zebrane wtórne dane powinny być obiektywne, rzetelne oraz porównywalne”. Dokładność i jakość wtórnych danych jest starannie badana i sprawdzana przez wewnętrznych ekspertów, a jeśli Agencja nie dysponuje odpowiednimi specjalistami, dodatkowo przez ekspertów zewnętrznych posiadających wiedzę specjalistyczną, zob. *Agencja Praw Podstawowych. Działalność w 2007 roku*, Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, 2009, s. 12.

sporządzania przez Agencje sprawozdań porównawczych z zakresu poszanowania praw człowieka na poziomie zarówno poszczególnych państw członkowskich, jak i struktury europejskiej. Sprawozdania porównawcze³⁰ odgrywają rolę w określaniu danych dostępnych w różnych państwach członkowskich, identyfikowaniu istniejących luk, wyjaśnianiu powodów, dla których dane nie są porównywalne, wykorzystywaniu opisowych, jakościowych materiałów do wyjaśniania różnic kontekstów krajowych oraz ich wpływu na obecny brak porównywalności pomiędzy danymi na temat dyskryminacji w państwach członkowskich.

Agencja, jak pierwotnie planowano, nie jest wyposażona w kompetencje regulacyjne. Nie ma ona zatem możliwości wydawania aktów wiążących, które mogłyby być zaskarżane na drodze sądowej. Instytucja ta nie posiada także uprawnień do monitorowania przestrzegania przez państwa członkowskie postanowień art. 6 TUE³¹ i możliwości ewentualnego wszczęcia procedury w przypadku jego naruszenia na podstawie art. 7 TUE³². Głównym zadaniem FRA jest stanowanie źródła informacji oraz opracowywanie metod ich zbierania dla instytucji Wspólnoty i państw członkowskich. Pewnym wyjątkiem w tym zakresie pozostaje kompetencja „(...) formułowania i publikowania, z własnej inicjatywy lub na wniosek Parlamentu Europejskiego, Rady czy Komisji, wniosków, bez doprecyzowania ich charakteru, przed-

³⁰ Dotyczące np. sytuacji w zakresie homofobii i dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w Unii Europejskiej.

³¹ Art. 6 ust.1 mówi, że „Unia opiera się na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego, które są wspólne dla Państw Członkowskich”.

³² W art. 7 ust. 1 stwierdza się, że „na uzasadniony wniosek jednej trzeciej Państw Członkowskich, Parlamentu Europejskiego lub Komisji, Rada, stanowiąc większością czterech piątych swych członków po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, może stwierdzić istnienie wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia przez Państwo Członkowskie zasad wymienionych w artykule 6 ustęp 1 i skierować do tego Państwa stosowne zalecenia. Przed dokonaniem takiego stwierdzenia Rada wysłuchuje dane Państwo Członkowskie i stanowiąc zgodnie z tą samą procedurą, może wezwać osoby niezależne do przedłożenia w rozsądnym terminie sprawozdania w sprawie sytuacji w tym Państwie”.

miotu oraz potencjalnego znaczenia dla instytucji lub państw, których dotyczą (...)”. Jak zauważa Łukasz Kułaga, wydaje się, że takie uregulowanie odpowiednio wykorzystywane przez FRA – publikowanie z własnej inicjatywy – może być najważniejszym narzędziem umożliwiającym realizację ochrony praw podstawowych³³.

Dane gromadzone przez Agencję pozwalają na opracowanie i wdrażanie projektów badawczych dotyczących różnych aspektów dyskryminacji i rasizmu, w które wbudowana jest porównywalność dzięki zastosowaniu w państwach członkowskich jednolitej metodologii w celu uzyskania danych na temat dyskryminacji o pokrewnym charakterze³⁴. Z kolei sprawozdania Agencji przyczyniają się do podnoszenia poziomu świadomości potrzeby zbliżania procedur administracyjnych państw członkowskich, metod gromadzenia danych oraz definicji wykorzystywanych w różnych krajach Unii, aby oficjalnie publikowane dane mogły się stać faktycznie bardziej współmierne.

Materiały zapewniane przez Agencję uzupełniają pulę danych dostępnych na poziomie międzynarodowym dla organizacji z Unii Europejskiej i spoza niej³⁵. Gromadzenie danych na poziomie krajowym przez Agencję Praw Podstawowych odbywa się poprzez system umów zawieranych przez nią z różnymi typami organizacji w państwach członkowskich dotyczących gromadzenia odpowiednich danych i informacji, które zostaną wykorzystane jako dodatkowy materiał przy przeprowadzaniu analiz porównawczych. Owe organizacje stworzyły system RAXEN³⁶,

³³ Ł. Kułaga, *op. cit.*, s. 231.

³⁴ Jako przykład można wskazać badanie ankietowe, zainicjowane w 2007 r., dotyczące dyskryminacji i wiktymizacji w państwach członkowskich Unii Europejskiej, które dotyczy doświadczeń i postaw imigrantów i innych mniejszości czy też otwarte konsultacje prowadzone za pośrednictwem strony internetowej, na której proszono respondentów o wypełnienie kwestionariusza, dotyczącego współpracy Agencji ze społeczeństwem obywatelskim, za: *Agencja Praw Podstawowych...*, s. 18, 26.

³⁵ *Ibidem*, s. 11.

³⁶ RAXEN składa się z różnych instytucji, np. organów ds. równości, instytutów praw człowieka, uniwersyteckich ośrodków badawczych i antyrasistowskich organizacji pozarządowych. RAXEN jest jedynym w swoim rodzaju i pionierskim przedsięwzięciem, którego zadaniem jest gromadzenie rzetelnych wtórnych danych i informacji zarówno ze źródeł rządowych, jak i pozarządowych, w sposób systematyczny i na pod-

będący źródłem dostarczającym Agencji danych i informacji na poziomie krajowym w zakresie kwestii związanych z rasizmem i ksenofobią, przede wszystkim zaś z dyskryminacją etniczną w sferze zatrudnienia, kształcenia, mieszkalnictwa, opieki zdrowotnej.

Obok systemu RAXEN istnieje także system FRALEX. Swoją działalność zainaugurował on w 2007 r. Wtedy FRA wystosowała międzynarodowe zaproszenie do składania ofert służącym wyselekcjonowaniu wysoko wykwalifikowanych ekspertów prawnych w dziedzinie praw człowieka w każdym państwie członkowskim. Na drodze przetargu Agencja Praw Podstawowych zawarła umowy ramowe z wybranymi wykonawcami, których celem stało się „stworzenie szeregu raportów i opracowań a także biuletynów informacyjnych i innych świadczeń na poziomach krajowych stosowanych przez FRA jako tło porównawcze przeprowadzanych przez nią analiz (...)”³⁷.

Przy wykonywaniu swych zadań Agencja powinna opierać się na zasadach, które bezpośrednio wskazane są w rozporządzeniu ją ustanawiającym, a więc na zapewnieniu niezależności interesu publicznego³⁸, prze-

stawie wspólnych wytycznych. Krajowe punkty kontaktowe wybierane są w międzynarodowym przetargu i Agencja podpisuje z nimi umowę o dostarczanie danych i informacji w różnych formatach sprawozdawczych i w różnych przedziałach czasowych. Krajowe punkty kontaktowe współpracują ściśle z innymi ważnymi podmiotami na szczeblu krajowym, co zapewnia wyczerpujący charakter zbioru danych. Agencja koordynuje i monitoruje ściśle prace i działalność RAXEN poprzez spotkania, szkolenia oraz częste kontakty za pośrednictwem poczty elektronicznej i telefonu.

³⁷ FRA, wersja elektroniczna, http://fra.europa.eu/fraWebsite/networks/research/fralex/fralex_en.htm (odczyt: 21 VI 2011 r.).

³⁸ Realizacja zasady dokonuje się w ten sposób, że Agencja, wykonując swe zadania, jest całkowicie niezależna, a członkowie zarządu i ich zastępcy, członkowie komitetu naukowego i dyrektor zobowiązują się do działania w interesie publicznym. W związku z tym składają oni oświadczenie o braku jakichkolwiek interesów, które mogłyby wpływać na niezależność, lub o bezpośrednich bądź pośrednich interesach, które mogłyby wpływać na niezależność. Oświadczenie to, publikowane na stronie internetowej Agencji, jest składane w formie pisemnej w chwili obejmowania stanowiska i podlega uaktualnieniu w przypadku, gdy interesy te ulegną zmianie.

rzystości i dostępu do akt³⁹, ochrony danych⁴⁰ oraz nadzoru ze strony Rzecznika Praw Obywatelskich nad działalnością FRA.

Zadania Agencji wykonywane są w ramach programów, określonych jako wieloletnie ramy prac FRA. Owe programy, na okres lat pięciu, przyjmuje Rada, stanowiąc na wniosek Komisji, po konsultacji z Parlamentem Europejskim. Podczas przygotowywania wniosku Komisja konsultuje się z zarządem FRA. Określane ramy prac muszą być zgodne z priorytetami Unii Europejskiej i powinny należycie uwzględniać wskazówki wynikające z rezolucji Parlamentu Europejskiego i konkluzji Rady w dziedzinie praw podstawowych. Zawierają one także postanowienia mające zapewnić komplementarność w stosunku do kompetencji innych organów, biur i agencji Wspólnoty i Unii, a także Rady Europy i innych międzynarodowych organizacji działających w dziedzinie praw podstawowych. Mimo że Agencja wykonuje swoje zadania w dziedzinach tematycznie określonych w wieloletnich ramach prac⁴¹, to obowiązki planistyczne, którym musi sprostać FRA, zapewniają wykonywanie zadania na podstawie

³⁹ Realizacja zasady przejrzystości oraz dostępu do dokumentów znajduje odzwierciedlenie w tym, że Agencja zobowiązana jest do opracowywania wzorcowych praktyk administracyjnych służących zapewnieniu jak największej przejrzystości swych działań. W ciągu sześciu miesięcy od rozpoczęcia działalności przez Agencję zarząd przyjmuje szczegółowe regulacje dotyczące wdrożenia przepisów dotyczących zasad jawności obrad, publikacji wyników prac Agencji, w tym prac komitetu naukowego, oraz uzgodnień dotyczących wykonania rozporządzenia (WE) nr 1049/2001. Decyzje podjęte przez agencję na mocy art. 8 tego rozporządzenia mogą być przedmiotem skargi do Rzecznika Praw Obywatelskich lub może zostać przeciwko nim wniesiona skarga do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, zgodnie z odpowiednio art. 195 i 230 Traktatu.

⁴⁰ Zapewnienie ochrony danych podczas działalności Agencji, będące trzecią wymienioną zasadą, następuje na podstawie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 45/2001, uwzględniającego konieczność zapewnienia osobie fizycznej prawa prawnie egzekwowalnego, określającego zobowiązania administratorów w instytucjach i organach wspólnotowych, odnoszącego się do przetwarzania danych osobowych wraz z nadzorem prowadzonym przez niezależny organ odpowiedzialny za monitorowanie i przetwarzanie danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe.

⁴¹ Nie narusza to obowiązku podejmowania przez Agencję działań na wniosek Parlamentu Europejskiego, Rady lub Komisji, wystosowany na mocy art. 4 ust. 1 lit. c) i d), wykraczających poza wspomniane dziedziny, o ile jednak pozwalają na to zasoby ludzkie i finansowe Agencji.

rocznego programu prac w sposób należyte wykorzystujący dostępne zasoby ludzkie i finansowe.

5. Wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*

Agencja Praw Podstawowych, tak jak pozostałe agencje, stworzona została jako instytucje apolityczna, odseparowana od czynników politycznych, istniejących zarówno na poziomie państw członkowskich, jak i instytucji wspólnotowych.

Proces integracji europejskiej, jak wynika z opracowanej przez grupę ekspertów analizy dotyczącej roli i funkcjonowania agencji wspólnotowych⁴², dostarczył wielu dowodów świadczących o tym, że wzajemne zaufanie i lojalna współpraca między państwami członkowskimi nie jest jeszcze na takim etapie rozwoju, by osiągnąć pełną integrację gospodarczą bez odpowiedniej infrastruktury administracyjnej na poziomie wspólnotowym⁴³. W tym miejscu należy stwierdzić występowanie dwóch istotnych aspektów funkcjonowania omawianej Agencji.

Po pierwsze, powinno się wskazać, że choć owe stwierdzenie odnosi się przede wszystkim do agencji regulacyjnych, do których rozwinięte kraje demokratyczne delegują władzę, widząc „potrzebę zapewnienia ciągłości polityki i jej ochrony przed zakłóceniami spowodowanymi zmianami większości parlamentarnej, prawem i procedurami (...)”⁴⁴, to jednak także kwestie związane z zapewnieniem apolitycznej neutralności danych oraz raportów z zakresu praw podstawowych zdają się wskazywać na potrzebę istnienia omawianej Agencji. Argumentem

⁴² M. Everson, G. Majone, L. Metcalfe, A. Schout, *The Role of Specialised Agencies in Decentralizing EU Governance. Report Presented to the Commission*, Florence-Maastricht 1999, wersja elektroniczna: http://ec.europa.eu/governance/areas/group6/contribution_en.pdf (odczyt: 21 VI 2011 r.).

⁴³ Na przykład w odniesieniu do państw członkowskich brak wzajemnego zaufania ze strony odpowiednich władz narodowych spowodował serię problemów w implementacji wielostronnych procedur, które oparte były na wzajemnym uznaniu narodowych autoryzacji produktów medycznych, ten problem zdaje się niwelować działalność Europejskiej Agencji Oceny Produktów Medycznych, zob. *ibidem*, s. 8.

⁴⁴ Zob. szerzej A. Dumała, *op. cit.*, s. 10.

przemawiającym więc za jej działalnością jest to, że jako mało sformalizowana i zdecentralizowana struktura ułatwia korzystanie z wiedzy ekspertów naukowych oraz technicznych, którzy nie są częścią normalnej biurokratycznej struktury, oferując przy tym większą elastyczność, a także zapewniając przejrzystość i odpowiedzialność.

Po drugie, należy zauważyć, że zarówno doktryna, jak i normy prawne określające zakres działania omawianej Agencji wskazują na jej ponadnarodowy charakter, pozostający niezwiązany z żadnym aparatem administracyjnym, którego odzwierciedlenie stanowi już choćby jej sama nazwa. Bowiem jak wskazują Jochen von Bernstorff i Armin von Bogdandy Agencja Praw Podstawowych „nie została celowo nazwana Agencją »Praw Człowieka«, lecz Agencją »Praw Podstawowych«. Za terminem prawa człowiek bowiem, jak wskazują autorzy, kryją się, na kanwie prawa i doktryny europejskiej, przede wszystkim gwarancje międzynarodowe. Termin prawa podstawowe zazwyczaj oznacza krajowe gwarancje normowane na gruncie konstytucyjnym pojedynczo każdego państwa. Kraje wspólnotowe zainicjowały projekt powołania do życia Agencji pod nazwą Agencji Praw Człowieka (...)”⁴⁵, lecz ostatecznie, po procedurach legislacyjnych zarówno Komisji, jak i Parlamentu Europejskiego udało się zmienić nazwę, finalnie tworząc Agencję Praw Podstawowych. W związku z tym, jak podkreślają autorzy, FRA wydaje się być powołana w większym stopniu w celu rozwijania Unii Europejskiej jako autonomicznego ustroju politycznego oraz prawa unijnego jako wewnętrznego porządku prawnego, a w mniejszym stopniu jako część wielopoziomowej struktury chroniącej prawa człowieka. Jak zauważają autorzy, w rzeczywistości może jednak zaistnieć napięcie pomiędzy projektem dążącym do lepszego wykonywania regionalnych i uniwersalnych praw człowieka, a projektem dążącym do rozwoju wewnętrznych i konstytucjonalnych praw podstawowych w konkretnym państwie. W związku z tym terminologiczne rozróżnienie pomiędzy prawami podstawowymi a prawami

⁴⁵ Zob. motyw piąty rozporządzenia (WE) nr 168/2007, mówiący o tym, że „przedstawiciele państw członkowskich zgromadzeni na posiedzeniu Rady Europejskiej w dniu 13 grudnia 2003 r. uzgodnili, że należy wykorzystać doświadczenia Europejskiego Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii, ustanowionego na mocy rozporządzenia (WE) nr 1035/97 (3), oraz rozszerzyć jego mandat, aby przekształcić Centrum w Agencję Praw Człowieka”.

człowieka ma znaczenie, pomimo wplecenia wskazanych praw w niektóre normy na gruncie prawa pierwotnego⁴⁶.

Potrzebę istnienia Agencji Praw Podstawowych należy upatrywać także w tym, że mimo braku instrumentów faktycznego oddziaływania na kształtowanie się legislacji nie jest jednak organizacją o charakterze czysto technicznym. Poprzez system jednolitej nomenklatury, standaryzację postępowania, możliwość zawierania umów z wybranymi instytucjami państw członkowskich, sporządzanie i wydawanie raportów, organizowanie sympozjów, konferencji czy też sprawnie funkcjonujący system pozyskiwania opinii od każdego obywatela państwa członkowskiego, przyczynia się do rozwoju wspólnej wizji dotyczącej kwestii praw podstawowych w przestrzeni europejskiej. Oczywiście praca Agencji może wywoływać skutki legislacyjne tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy konkretna instytucja lub organ unijny złoży w tym celu konkretny wniosek. Tylko tak działalność FRA może stać się częścią unijnego procesu legislacyjnego.

Nie wszystkie jednak zdania wyrażają opinię przemawiającą na rzecz funkcjonowania omawianej Agencji. Istnieje wiele wątpliwości natury politycznej, prawnej i finansowej dotyczących dalszego funkcjonowania Agencji w europejskim systemie organizacyjnym. Dlatego też wszystkie agencje europejskie nie cieszą się licznymi publikacjami traktującymi o nich samych. Często też, jak się wydaje, z powodu ich nieznaczącej roli pomijane są w ogóle w literaturze naukowej. W odniesieniu do Agencji Praw Podstawowych, jak zauważają J. von Bernstorff i A. von Bogdandy, nawet mimo że jest ona postrzegana jako agencja informacyjna ze szczególnym statutem ze względu na odniesienie do oenzetowskiego modelu instytucji niezależnej praw człowieka⁴⁷, tylko w ograniczony sposób spełnia wymogi owego modelu. Wśród głównych rozbieżności autorzy wskazują „ograniczenie zakresu działalności Agencji, a więc pozbawienie możliwości działania o charakterze multikompleksowym, brak mandatu do rozstrzygającego opiniowania z urzędu procedur legislacyjnych, jak i uzależnienie od Komisji i Rady w zakresie wieloletnich programów pracy (...)”.

⁴⁶ J. von Bernstorff, A. von Bogdandy, *op. cit.*, teza nr 1, CML Rev. 2009.4.1035.

⁴⁷ Model niezależnej instytucji zgodnej z Zasadami Paryskimi, Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ, nr 48/134 z dnia 20 grudnia 1993 r.

Autorzy wskazują także na brak osadzenia, na podstawie rozporządzenia ustanawiającego Agencję, w sposób aktywny działalności Agencji w światowym dialogu dotyczącym praw człowieka.

Kolejnym elementem, jaki przemawia na niekorzyść Agencji, jest źródło finansowania jej działalności. Bo o ile część agencji europejskich opiera się faktycznie na zasadzie współdziałania w gromadzeniu środków budżetowych na kolejne lata, o tyle pojęcie to nie dotyczy FRA. Wyłącznym źródłem dochodów Agencji jest subwencja pochodząca z ogólnego budżetu Wspólnoty Europejskiej. W nadchodzących latach zasoby finansowe i kadrowe Agencji będą się stopniowo zwiększać. Analizując orientacyjne planowanie finansowe dla FRA na lata 2007–2012 przygotowane przez Komisję Europejską należy zauważyć wyraźną tendencję zwykłą, wynoszącą w 2007 r. 14 mln euro, podczas gdy planowane przychody na 2012 r. według prognozy stanowiąc będą 22 mln euro, co stanowi wzrost w 2012 r. o niemalże 40% w stosunku do 2007 r. Widać więc, że prognozowane zwiększenie wydatków ze środków wspólnych Unii Europejskiej bez zwiększenia pola działania czy też roli, jaką powinna odgrywać FRA, może rodzić pewne wątpliwości co do ekonomicznej zasadności funkcjonowania instytucji, która nie jest wyposażona w żadne władcze formy działania, a jej rola w systemie instytucjonalnym Unii Europejskiej, kształtującej porządek prawny na gruncie prawa wspólnotowego, uzależniona jest od działania jednostek wkomponowanych w system instytucjonalny Unii Europejskiej. Ponadto należy także zauważyć, że jeśli nawet działalność Agencji będzie przyczyniać się do kształtowania legislacji wspólnotowej, to tylko w takim zakresie, w jakim będą ją chciały uznać organy wspólnotowe, z racji na niewiążącą formę działania owej instytucji.

Jeśli do powyższych stwierdzeń dołączymy uwagę o występujących coraz częściej naciskach dotyczące upolitycznienia wszystkich agencji, co skutkować może chęcią kształtowania zjawisk i opinii w sposób niejednorodny, nieustandaryzowany i zmienny w czasie, należy stwierdzić, że wraz z ich upolitycznieniem, pierwotnie założone funkcje, jakie powinny spełniać agencje, przestaną być realizowane.

Celem niniejszej publikacji było ukazanie roli i znaczenia Agencji Praw Podstawowych w kształtowaniu systemu ochrony praw człowie-

ka. Z kontekstu powyższych rozważań należy uwypuklić to, że mimo iż brakuje wyposażenia FRA w aparat administracyjno-prawny oddziałujący władczo zarówno na organy wspólnotowe, jak i organy krajów członkowskich, istnieje realna potrzeba jej współistnienia w strukturze instytucjonalnej na poziomie wspólnotowym. Dzięki swojej apolityczności zapewniają bowiem dostęp do należytej, ustandaryzowanej obiektywnej informacji z zakresu praw i wolności obywatelskich zarówno na poziomie poszczególnych krajów członkowskich, dzięki sieci RAXEN i FRALEX, jak i na poziomie struktury paneuropejskiej. I choć kształtowanie się prawa w systemie wspólnotowym oraz zindywidualizowanym poszczególnych państw członkowskich nie jest w bezpośredni sposób zależne od prac i opinii FRA, to jednak wydawane przez nią akty o charakterze niewiążącym mogą mieć wpływ na kształtowanie prawa wspólnotowego, które może stać się także prawem poszczególnych państw członkowskich, by w efekcie finalnym wprowadzać zmiany w funkcjonowaniu całej struktury administracyjno-prawnej danego kraju.

Należy także zauważyć, że pole aktywności Agencji ograniczono do działalności dotyczącej rasizmu i ksenofobii. Gdyby działanie FRA nie ograniczało się tylko do formy o charakterze *soft-law* oraz gdyby poszerzone zostały granice aktywności Agencji o zagadnienia wskazane w Karcie Praw Podstawowych, mogłaby ona realnie wpływać także na realizację zasady *good governance* w europejskim porządku prawnym oraz prawa do dobrej administracji na poziomie zarówno wspólnotowym, jak i krajowym. Należy jednak domniemywać, że realizacja tego przesłania byłaby możliwa przy dokonaniu scalenia kilku agencji, traktujących o prawach i wolnościach człowieka i obywatela.

Dopóki jednak wraz ze zwiększeniem środków finansowym nie poszerzy się zakresu aktywności, zadań i kompetencji FRA, dopóty rola, jaką odgrywa Agencja Praw Podstawowych, będzie raczej bierna w kształtowaniu się prawa, mogącą jedynie oddziaływać na inne instytucje i ich organy w sposób niewiążący. To jednak wciąż nie przekreśla możliwości rozpoczęcia zmian legislacyjnych w poszczególnych państwach członkowskich, traktujących o prawach i wolnościach człowieka i obywatela właśnie z wykorzystaniem wiedzy przekazywanej w charakterze *soft-law* przez Agencję Praw Podstawowych.

Zakaz dyskryminacji ze względu na wyznanie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

„Wolność myśli, sumienia i religii” w systemie ochrony praw człowieka Rady Europy

Od samego początku, kiedy rozpoczęto prace nad Europejską Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, było jasne, że wolność wyznania winna znaleźć się w katalogu fundamentalnych praw chronionych przez Konwencję¹. Początkowo ochronie na mocy tej konwencji podlegać miała „wolność religijna”, jednak wraz z postępowaniem prac redakcyjnych postanowiono użyć zapożyczonych z Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka terminu wolności „myśli, sumienia i religii”². Intencją twórców konwencji było, „kiedy to możliwe”, odwoływać się do Powszechnej Deklaracji, jako że ta stanowiła pierwszy dokument gwarantujący poszanowanie tych praw i wolności³. Konwencja ta, podobnie z resztą jak Powszechna Deklaracja, wywodzi istnienie prawa do wolności myśli, sumienia czy też religii z prawnonaturalnej koncepcji zakładającej istnienie przyrodzonych i niezbywalnych wolności człowieka⁴. Oznacza to, że wolności te, jako że (nierozzerwalnie) związane są z osobą ludzką, istnieją niezależnie od prawa stanowionego. Są więc jedną z cech, które określają istotę ludzką⁵.

¹ K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wartości*, Lublin 2004, s. 51.

² M. Freeman, *Prawa człowieka*, Warszawa 2007, s. 49.

³ A. Przyborowska-Klimczak, *Europejski system ochrony praw człowieka*, RNP 1–2 (1991–1992), s. 132.

⁴ K. Warchałowski, *op. cit.*, s. 55.

⁵ M. Piechowiak, *Wolność religijna – aspekty filozoficzno-prawne*, Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju, 1996, nr 3, s. 12.

Wolność ta stanowi zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁶ również jedną z podstaw społeczeństwa demokratycznego, która jest istotna również dla ateistów czy agnostyków, ponieważ w takim społeczeństwie wiele religii może istnieć obok siebie przy zapewnieniu wzajemnego ich poszanowania⁷. Jako elementy tej wolności Konwencja wymienia „(wolność) zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne”⁸.

Ochrona tych praw i wolności na gruncie Konwencji wzmocniona jest dodatkowo przez jej art. 14, który zakazuje dyskryminacji (w tym ze względu na religię) w ich korzystaniu⁹. Wydawać by się mogło, że charakterystyczną cechą tak ujętego zakazu dyskryminacji jest jego powiązanie z prawami gwarantowanymi przez Konwencję. Oznaczałoby to, że ów zakaz nie ma charakteru samoistnego i musi być stosowany wtedy, kiedy miało miejsce pogwałcenie jednego z materialnych przepisów Konwencji. Trybunał jednak trochę inaczej interpretuje art. 14, niż wynikałoby to z uprzednio przytoczonej interpretacji językowej przepisu¹⁰. ETPCz w swoim orzecznictwie stoi na stanowisku, że artykuł ów jest autonomiczny w zakresie stosowania, nie będąc jednocześnie niezależny, a więc ma charakter uzupełniający¹¹. Oznacza to, że naruszenie art. 14 nie musi koniecznie oznaczać naruszenie któregoś z przepisów Konwencji¹².

⁶ Orzeczenie *Buscarini i inni v. San Marino*, 18.02.1998 r., skarga 24645/94, RJD 1998-VII, § 43.

⁷ C. Mik, *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994, s. 65.

⁸ P. Hofmański (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka*, Kraków 1997, s. 48.

⁹ Także art. 1 Protokołu nr 12; por. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 536.

¹⁰ L. Leszczyński, B. Liżewski, *Ochrona praw człowieka w Europie. Szkic zagadnień podstawowych*, Lublin 2008, s. 127.

¹¹ Por. orzeczenia: *Schmidt v. Niemcy*, 18.07.1994 r., skarga 13580/88, *Van der Musselle v. Belgia*, 23.11.1983 r., skarga 8919/80.

¹² A. Rogalska, *Generalna klauzula antydyskryminacyjna w europejskim ochronie praw człowieka*, [w:] *Materiały z Konferencji Naukowej „Aktualne problemy w realizacji praw człowieka na arenie międzynarodowej, krajowej i regionalnej”*, Poznań 2005, s. 113.

Znacznie bardziej kontrowersyjna jest kwestia związana z ograniczeniem wolności wyznania. Podstawową sprawą jest tutaj dokonanie rozgraniczenia między wolnością „myśli, sumienia i religii” a czymś, co można by nazwać z pewnym uproszczeniem jej uzewnętrznianiem¹³. Konwencja stanowi, że „wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia, moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”¹⁴. Żadne z ograniczeń nie dotyczy oczywiście samej wolności myśli, religii czy sumienia oraz prawa do zmiany przekonań, które są „wewnętrzna” sprawą każdego, i tutaj żadnych ograniczeń być nie może, ale skupiają się one jedynie na pewnych aspektach związanych ze swobodą ich manifestowania¹⁵. Kwestię regulacji i wprowadzania ewentualnych ograniczeń w tym zakresie pozostawiono więc państwom, wyznaczając jednocześnie standardy, które te regulacje państwowe muszą spełniać, żeby pozostawały zgodne z Europejską Konwencją Ochrony Praw Człowieka¹⁶.

Ze względu na specyfikę materii zagadnienia związane z szeroko pojętą wolnością wyznania doczekały się bogatego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zobaczmy zatem, jak strasburski trybunał podchodzi do zagadnień związanych z religią (oraz przekonaniem) na przykładzie jego najważniejszych orzeczeń.

¹³ A. Florczak, B. Bolechow (red.), *Prawa i wolności I i II generacji*, Toruń 2007, s. 209.

¹⁴ K. Motyka, *Prawa Człowieka. Wprowadzenie. Wybór źródeł*, Lublin 2004, s. 171. W polskim tekście (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284) pojawia się zwrot „przewidziane przez ustawę”, będący tłumaczeniem użytego w tekście pierwotnym: *prescribed by law, prévues par la loi*, który, co z resztą potwierdza orzecznictwo ETPCz, należałoby raczej przetłumaczyć jako „przewidziane przez prawo”.

¹⁵ Raport w sprawie *Darby v. Szwecja*, 9.05.1989 r., skarga 11581/85, § 44: „(...) Paragraph 2 of Article 9 (Art. 9-2) only permits limitations of the freedom to manifest one’s religion. Consequently, under Article 9 para. 1 (Art. 9-1), a Contracting State is obliged to respect everyone’s general right to freedom of religion and that right may not be restricted (...)”.

¹⁶ A. Bisztyga, *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, Katowice 1997, s. 153.

Ochrona wolności wyznania – najważniejsze orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Mimo że orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw człowieka nie stanowią formalnie precedensów, to jednak najważniejsze sprawy (*landmark cases*) mają kluczowe znaczenie, dlatego że ze względu na autorytet Trybunału wskazują, jak interpretowana ma być Konwencja i jaki standard ochrony prawnej powinny gwarantować przepisy krajowe¹⁷. Skupmy się zatem na najważniejszych zagadnieniach związanych z szeroko pojętą wolnością wyznania w kontekście zajmujących się nimi orzeczeń Europejskiego Trybunału praw człowieka.

Na początku warto zaznaczyć, że sam użyty w Konwencji termin „wolność myśli, sumienia i wyznania” nie doczekał się swojej definicji¹⁸. Na potrzeby tej pracy, która zajmuje się przede wszystkim kwestiami związanymi z „wyznaniem”, można pokusić się o pewne uściślenie tego terminu. Orzecznictwo strasburskiego Trybunału zdaje się reprezentować koncepcje „religii, która da się zidentyfikować” (*identifiable religion*)¹⁹. Również jako religię w rozumieniu wolności gwarantowanej w art. 9 należy rozumieć brak identyfikacji z jakimkolwiek wyznaniem (ateizm, agnostycyzm)²⁰. W orzecznictwie Trybunału

¹⁷ G. Michałowska, *Ochrona praw człowieka w Radzie Europy i w Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 171. „Na temat precedensowego charakteru orzeczeń sądów międzynarodowych por.: M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008.

¹⁸ Por. M. Piechowiak, op. cit., s. 7 i n.

¹⁹ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 326.

²⁰ Por. orzeczenie *Alexandridis v. Grecja* z 21.02.2008 r., skarga 19516/06, § 32: „Si la liberté de religion relève d’abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. Par ailleurs, la Cour a déjà eu l’occasion de consacrer des droits négatifs au sein de l’article 9 de la Convention, notamment la liberté de ne pas adhérer à une religion et celle de ne pas la pratiquer (voir, dans ce sens, *Kokkinakis c. Grèce*, et *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, précités)”.

pojawia się również pacyfizm, który jako filozofia (bez elementów kultu) podlega ochronie na mocy art. 9 Konwencji²¹.

Jeżeli, jak zostało już ustalone przez Trybunał, wolność wyznania stanowi jeden z fundamentów państwa demokratycznego, pojawia się kwestia, jak daleko i czy w ogóle państwo może w nią ingerować. Pierwszą sprawą jest sama „wolność myśli, sumienia i wyznania”. Ta zdaniem Trybunału, który wypowiedział się na ten temat w słynnym orzeczeniu *Kokkinakis v. Grecja*, stanowi nie tylko wspomnianą już podstawę społeczeństwa demokratycznego, ale została drogo okupiona przez wieki i w związku z tym nie da się jej oddzielić od wartości demokratycznych²². Jednakże mimo bezsporności prawa do wyznawania wybranej religii inną sprawą jest jej manifestowanie czy też ewentualne namawianie do zmiany wiary²³. Wolność bowiem jest wolnością „do”, w tym wypadku wolnego wyznania. Jednakże drugą stroną wolności jest wolność „od” – i tu mielibyśmy na myśli wszelkie formy przymusu, presji czy po prostu niepożądanych działań, nakłaniających choćby do zmiany przekonań religijnych²⁴. Trybunał stanął na stanowisku, że w społeczeństwie, gdzie różne religie funkcjonują obok siebie, w celu zapewnienia poszanowania poglądów każdej osoby pewnych ograniczeń nie da się uniknąć²⁵. Zdecydowanie niedozwolona będzie państwowa ingerencja w sferę przekonań religijnych i nacisk na ich zmianę pod groźbą na przykład utraty pracy. W swoim orzeczeniu w sprawie *Ivanova v. Bułgaria* ETPCz stwierdził, że jakakolwiek presja (wywierana przez szeroko rozumiane państwo) na zmianę poglądów lub na zaprzesta-

²¹ Por. raport w sprawie *Arrowsmith v. Zjednoczone Królestwo*, 12.10.1978 r., skarga 7050/75, DR 19/5, s. 19, par. 69.

²² Orzeczenie *Kokkinakis v. Grecja*, 25.05.1993 r., A. 260-A, § 31: „The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it”. Zostało to zacytowane w późniejszym orzeczeniu ETPCz *Buscarini i inni v. San Marino*, 18.02.1999 r., § 34.

²³ Por. cytowany już raport w sprawie *Darby v. Szwecja*, 9.05.1989 r., A. 187, § 44.

²⁴ Ks. H. Skowroński, *Problematyka praw człowieka*, Warszawa 2005, s. 140.

²⁵ Orzeczenie *Kokkinakis v. Grecja*, § 33: „in democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone’s beliefs are respected”.

nie ich manifestowania nie da się pogodzić z art. 9 Konwencji²⁶. Działanie tego typu stanowi słowami Trybunału jaskrawe (*flagrant*) naruszenie rzeczonego artykułu Konwencji, co podkreśla wagę, jaką ma kwestia wolności wyznania²⁷. Analogicznie, prawo do praktykowania swojego wyznania musi oznaczać również istnienie prawa do nieczynienia tego i co za tym idzie – istnienie zakazu wywierania nacisku na zmianę takiego postępowania. Szczególnie istotne jest to, jeżeli owa demonstracja o charakterze religijnym (a właściwie: dokonanie czynności, która w sposób jasny identyfikuje wykonującego ją z pewnym określonym wyznaniem lub jego brakiem) stanowi warunek dopuszczenia do określonych funkcji publicznych. Tego typu problem stanowił podstawę sprawy *Alexandridis v. Grecja*, gdzie ETPCz jasno wskazał, że wprowadzanie tego typu warunku jest pogwałceniem art. 9 Konwencji²⁸.

Wracając jednak do kwestii praktykowania religii, na początku należy wspomnieć o orzeczeniu *Supreme Holy Council of Muslim Community v. Bułgaria*²⁹. Odwołując się do swojego wcześniejszego orzecznictwa, Trybunał wskazał, że o ile samo posiadanie takich czy innych przekonań religijnych jest sprawą osobistą, o tyle udział w życiu wspólnoty religijnej, który jest formą manifestowania swojej wiary, podlega ochronie na mocy art. 9 Konwencji³⁰. Skoro manifestacja swoich przekonań religijnych w ramach wspólnoty podlega ochronie, to ta wspólnota musi mieć również zdaniem Trybunału odpowiednie

²⁶ Orzeczenie *Ivanova v. Bułgaria*, 12.04.2007 r., skarga 52435/99, § 80: „(...) pressuring an individual to change his religious beliefs or preventing him from manifesting them would be an interference at variance with the said Article 9”.

²⁷ Orzeczenie *Ivanova v. Bułgaria*, § 84.

²⁸ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 399.

²⁹ Orzeczenie z 16.12.2004 r., skarga 39023/97.

³⁰ Orzeczenie *Supreme Holy Council of Muslim Community v. Bułgaria*, 16.12.2004 r., skarga 39023/97, § 73: „while religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to manifest one’s religion, alone and in private, or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. Participation in the life of the community is a manifestation of one’s religion, protected by Article 9 of the Convention”. Takiej samej ochronie podlega na przykład wspólne studiowanie tekstów i dyskusja nad nimi wykonywane przez Świadków Jehowy. Por. orzeczenia *Kuznetsov v. Rosja*, 11.01.2007 r., skarga 184/02, § 57.

warunki do działalności³¹. Biorąc pod uwagę zorganizowany charakter związków wyznaniowych, uznać trzeba, że art. 9 Konwencji powinien być interpretowany w powiązaniu z jej art. 11, który gwarantuje wolność „zgrupowania się i stowarzyszenia się”³². Trybunał stanął na stanowisku, że nie może być pluralizmu bez obecności w życiu publicznym autonomicznych wspólnot (organizacji) wyznaniowych, a więc że ochrona owej autonomii stanowi jeden z kluczowych aspektów praw gwarantowanych w art. 9 Konwencji³³. Jest oczywiste, że państwa–sygnatariusze Konwencji są państwami świeckimi, wobec czego żaden z działających na jego terenie związków wyznaniowych nie ma charakteru religii państwowej³⁴. Oczywiście, na przykład w konstytucjach Grecji czy Irlandii³⁵ znajdują się odwołania do religii, to jed-

³¹ Orzeczenie Supreme Holy Council of Muslim Community v. Bułgaria, § 73: „(...) Participation in the life of the community is a manifestation of one’s religion, protected by Article 9 of the Convention”.

³² A. Bieńczyk-Missala, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór dokumentów*, Warszawa 2008, s. 253.

³³ Por. orzeczenie Church of Scientology Moscow v. Rosja, 5.04.2007 r., skarga 18147/02, § 72: „(...) Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention, which safeguards associative life against unjustified State interference (...)”. Przykładem tego, jak Trybunał rozumie niedozwoloną ingerencją państwa, jest orzeczenie w sprawie Religionsgemeinschaft de Zeugen Jehovas i inni v. Austria (31.10.2008 r., skarga 40825/98). W prawie austriackim istniał wymóg, żeby wspólnota religijna istniała co najmniej 10 lat, zanim mogłaby dostać specjalny status dający między innymi spore przywileje podatkowe. Zdaniem Trybunału jest to delikatne zagadnienie, które wymaga starannego wyważenia, czy państwo pozostaje bezstronne w sferze wolności religijnej, i właśnie ze względu na ową delikatność zagadnienia podlegać ono będzie szczególnej kontroli przez ETPCz (§ 97: „The Court finds that the imposition of a waiting period before a religious association that has been granted legal personality can obtain a more consolidated status as a public-law body raises delicate questions, as the State has a duty to remain neutral and impartial in exercising its regulatory power in the sphere of religious freedom and in its relations with different religions, denominations and beliefs (see Metropolitan Church of Bessarabia and Others, cited above, § 116). Such a waiting period therefore calls for particular scrutiny on the part of the Court”).

³⁴ M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2005, s. 88.

³⁵ Por. preambuła konstytucji Republiki Irlandii: „In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred (...)” – *Bunreacht na héireann*, Dublin 1990, s. 73, czy preambuła konstytucji Grecji: „Εἰς τὸ ὄνομα τῆς Ἁγίας καὶ Ομοουσίου καὶ

nak w każdym z tych państw (jak i pozostałych) struktury kościelne pozostają oddzielone od państwowych³⁶. Istotne zatem jest, jak daleko państwo może wpływać na tę niezależną przecież od niego hierarchię. Problem ten ujawnił się w sprawie *Serif v. Grecja*, która dotyczyła ingerencji państwa w wybór przywódcy religijnego i możliwości sięgnięcia w związku z tym po środki karne³⁷. Chodziło o ukaranie na podstawie art. 175 kodeksu karnego Grecji osoby, która bez zgody władz publicznych mianowała się muftim³⁸. Trybunał stanął na stanowisku, że nie mieści się w zasadach demokratycznego społeczeństwa karanie za pełnienie funkcji przywódcy religijnego, jeżeli została ona dobrowolnie zaakceptowana przez grupę³⁹. Naruszeniem art. 9 Konwencji w związku z tym będą działania zmierzające do zmuszenia wspólnoty do uznania jednolitego, narzuconego przez państwo przywództwa⁴⁰. Z tego wynika również prawo stowarzyszeń religijnych do swobodnego ustalania swojej struktury wewnętrznej i warunków członkostwa⁴¹. Pozbawienie ochrony organizacji religijnych spr-

Αδιαίρετου Τριάδας” („W imię Trójcy Świętej, jedynej i niepodzielnej” – *Konstytucja Grecji*, Warszawa 2005, s. 35).

³⁶ Por. J. Kamiński, *System konstytucyjny Grecji*, Warszawa 2004, s. 19–20; W. Konarski, *System konstytucyjny Irlandii*, Warszawa 2005, s. 25–26.

³⁷ *Serif v. Grecja*, 14.12.1999 r., skarga 38178/97.

³⁸ Art. 175 kodeksu karnego Grecji uznawał tego typu uzurpację za przestępstwo, w związku z tym że z funkcją muftiego wiążą się pewne kompetencje administracyjne i quasi-sądowe.

³⁹ Orzeczenie *Serif v. Grecja*, § 52: „(...) the Court does not consider that, in democratic societies, the State needs to take measures to ensure that religious communities remain or are brought under a unified leadership (...)”. Także w związku z oficjalnym uznawaniem przez państwo związków wyznaniowych por. orzeczenie ETPCz *Metropolitan Church of Besarabia i inni v. Mołdowa*, 13.12.2001 r., skarga 45701/99; więcej na ten temat por.: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo 2001 (część II)*, Warszawa 2006, s. 134 i n.

⁴⁰ Orzeczenie *Hasan i Chaush v. Bułgaria*, 26.10.2000 r., skarga 30985/96, § 78: „(...) State action favouring one leader of a divided religious community or undertaken with the purpose of forcing the community to come together under a single leadership against its own wishes would likewise constitute an interference with freedom of religion (...)”. Zostało to później powtórzone w orzeczeniu *Supreme Holy Council of Muslim Community v. Bułgaria* z 16.03.2005 r., skarga 39023/97, § 76.

⁴¹ Orzeczenie *Svyato-Mykhaylivska parafiya v. Ukraina*, 14.06.2007 r., skarga 77703/01.

wiłoby, że ucierpiałyby na tym wszystkie inne elementy chronione przez art. 9 Konwencji⁴². Oczywiście, jeżeli w jakiejś grupie religijnej dochodzi do podziału, to różnego rodzaju napięcia są nieuniknione, jednak rolą państwa nie jest tu eliminowanie tych podziałów metodami prawnymi, ale raczej łagodzenie owych napięć będących ich efektem⁴³, czyli doprowadzenie do stanu, gdzie grupy te nawzajem tolerowałyby się ze wzajemnym poszanowaniem swoich praw⁴⁴. W takim przypadku neutralna mediacja ze strony państwa jest dopuszczalna, ale ze względu na delikatność materii najdalej posunięta ostrożność powinna być w takim wypadku zachowana⁴⁵. Takie przywołane przez Trybunał pożądane działanie struktur państwowych nie może być uznane za cios w religię, z którą z przyczyn historycznych, kulturowych utożsamia się większość społeczeństwa⁴⁶.

Jedną z form uzewnętrzniania wiary, która podlega ochronie na podstawie art. 9 Konwencji, jest „nauczanie” (*teaching, l’enseignement*). Rzecz jasna, nie mamy tu na myśli nauczania w rozumieniu szkolnym, chodzi tutaj o przekazywanie doktryny religii czy też przekonań nie-religijnych⁴⁷. Wyróżnić tutaj możemy dwa podstawowe typy takiego

⁴² M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 402.

⁴³ M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo 1999 (część II)*, Warszawa 2001, s. 79.

⁴⁴ Orzeczenie *Serif v. Grecja*, § 53: „(...) it is possible that tension is created in situations where a religious or any other community becomes divided, it considers that this is one of the unavoidable consequences of pluralism. The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other (...)”.

⁴⁵ *Supreme Holy Council of Muslim Community v. Bułgaria*, § 80: „(...)The Court agrees that States have such a duty and that discharging it may require engaging in mediation. Neutral mediation between groups of believers would not in principle amount to State interference with the believers’ rights under Article 9 of the Convention, although the State authorities must be cautious in this particularly delicate area (...)”.

⁴⁶ Orzeczenie *Case of 97 members of the Gldani Congregation of Jehova’s Witnesses and 4 others v. Gruzja*, 3.05.2007 r., skarga71156/01, § 132: „(...) can hardly be conceived as being likely to diminish the role of a faith or a Church with which the population of a specific country has historically and culturally been associated (...)”.

⁴⁷ Art. 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 18) wymienia „nauczanie” jako formę manifestowania wiary czy innych przekonań na ostatnim (czwartym) miejscu, podczas gdy Powszechna Deklaracja Praw Człowieka

nauczania. Po pierwsze *ad intra*, czyli kierowane do osób będącymi już członkami kościoła (związku wyznaniowego), i *ad extra*, tj. takie, które obliczone jest na pozyskiwanie nowych członków (wiernych) przez działalność polegającą na przekonywaniu do swoich poglądów. To właśnie tej drugiej kategorii poświęćmy chwilę uwagi⁴⁸. W przywoływanej już sprawie Kokkinakis v. Grecja ETPCz prawo do przekonywania do swoich poglądów wyprowadził z samego prawa do wolności religii, które bez niego byłoby jedynie martwą literą⁴⁹. W ramach tak rozumianej wolności mieści się również krytykowanie i negowanie innych poglądów religijnych, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że tego typu negacja nie może prowadzić do uniemożliwiania swobodnej manifestacji swoich przekonań – i tu właśnie państwo ma do odegrania swoją rolę. Polega ona zdaniem Trybunału na dopilnowaniu, żeby ścieranie się wyznań i doktryn odbywało się przy zachowaniu zasady wolności religijnej⁵⁰. Tego typu rola wymagać może od państwa podjęcia działań represjonujących pewne formy przekazywania idei, jeżeli stanowią one błąd pogwałcenie zasady swobody myśli i wyznania⁵¹. Trybunał jako przykład takich niedozwolonych form wymienił tu nauczanie wbrew woli osoby, kuszenie korzyściami majątkowymi czy osobistymi⁵². Ponadto w strukturach o charakterze hierarchicznym

(art. 18) wymienia je jako pierwsze; por. M. Balcerzak, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, Toruń 2008, s. I-A/2 5, I-B/1 3.

⁴⁸ A. Warchałowski, *op. cit.*, s. 115.

⁴⁹ Orzeczenie Kokkinakis v. Grecja, § 31: „(...) includes in principle the right to try to convince one’s neighbour, for example through „teaching”, failing which, moreover, »freedom to change [one’s] religion or belief«, enshrined in Article 9 (art. 9), would be likely to remain a dead letter”.

⁵⁰ Decyzja Dubowska i Skup v. Polska, 18.04.1997 r., skargi 34055/96, 33490/96: „(...) the manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 (Art. 9) of the Convention to the holders of those beliefs and doctrines (...)” (DR 89-A/96) .

⁵¹ Orzeczenie Refah Partisi v. Turcja, 31.07.2001 r., skargi 41430/98, 41432/98, 41433/98, 41434/98, § 51: „Such an interference will constitute a breach of Article 11 unless it was “prescribed by law”, pursued one or more of the legitimate aims set out in paragraph 2 of that provision and was “necessary in a democratic society” for the achievement of those aims”.

⁵² L. Leszczyński, B. Liżewski, *op. cit.*, s. 85.

(np. wojsku) nauczania nie można będzie zakwalifikować jako zwykłą i mieszczącą się w zasadzie wolności wyznania wymianę idei właśnie z powodu istnienia relacji przełożony–podwładny, a co za tym idzie – presji związanej z nadużyciem władzy⁵³. Także kiedy przedmiot czci religijnej zostałyby w sposób celowy i ze złymi intencjami przedstawiony w sposób nieprawdziwy i prowokacyjny⁵⁴. Podjęcie przez państwo tego typu działań podyktowane jest koniecznością zapewnienia ducha tolerancji, który jest istotnym elementem społeczeństwa demokratycznego⁵⁵. Jednak należy tutaj dodać istotne zastrzeżenie: środki, jakich państwo może użyć, muszą być proporcjonalne do celu, jaki ma zostać osiągnięty⁵⁶. W logiczny sposób wynika z tego również zakaz indoktrynacji religijnej dokonywanej przez państwo⁵⁷.

Kolejną ważną i zarazem delikatną sprawą związaną z manifestowaniem swoich przekonań religijnych jest to, jak daleko pań-

⁵³ Orzeczenie *Larissis, Mandalaidis i Sarandis v. Grecja*, 24.02.1998 r., skargi 40/1996/759/958–960, § 51: „(...) the Court notes that the hierarchical structures which are a feature of life in the armed forces may colour every aspect of the relations between military personnel, making it difficult for a subordinate to rebuff the approaches of an individual of superior rank or to withdraw from a conversation initiated by him. Thus, what would in the civilian world be seen as an innocuous exchange of ideas which the recipient is free to accept or reject, may, within the confines of military life, be viewed as a form of harassment or the application of undue pressure in abuse of Power (...)”, RJD 1998-I.

⁵⁴ Orzeczenie *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20.09.1994 r., skarga 13470/87, § 47: „(...)The respect for the religious feelings of believers as guaranteed in Article 9 (art. 9) can legitimately be thought to have been violated by provocative portrayals of objects of religious veneration; and such portrayals can be regarded as malicious violation of the spirit of tolerance (...)”.

⁵⁵ Orzeczenie *Kokkinakis v. Grecja*, § 48: „(...) the form of activities offering material or social advantages with a view to gaining new members for a Church or exerting improper pressure on people in distress or in need; it may even entail the use of violence or brainwashing; more generally, it is not compatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others (...)”.

⁵⁶ *X i Y v. Holandia*, 26.03.1985 r., skarga 8978/80, zob. także: *Airey v. Irlandia*, 9.10.1979 r., skarga 6289/73.

⁵⁷ Orzeczenie *Buscarini i inni v. San Marino*, § 39: „(...) it would be contradictory to make the exercise of a mandate intended to represent different views of society within Parliament subject to a prior declaration of commitment to a particular set of beliefs”.

stwo może posuwać się we wprowadzaniu ograniczeń podyktowanych potrzebą utrzymania porządku, bezpieczeństwa publicznego czy wreszcie poszanowania praw innych⁵⁸. Problem ten był głośny w środkach masowego przekazu głównie za sprawą stosowanych w niektórych krajach zakazów noszenia tradycyjnych chust muzułmańskich na terenie uczelni publicznych⁵⁹. Najsłynniejsza sprawa była związana ze skargą, którą złożyła studiująca na uniwersytecie w Istambule Leyla Şahin, a która dotyczyła zakazu noszenia na tym uniwersytecie chust muzułmańskich⁶⁰. Trybunał podszedł do sprawy z ogromną ostrożnością. Podkreślił, że w tego typu sprawach, gdzie w grę wchodzi stosunek państwo–religia, szczególną rolę odgrywać musi organ krajowy, który podejmuje w tych sprawach decyzję⁶¹. Powodem pozostawienia państwu tak dużej swobody było przekonanie, że postawa władz i odbiór społeczny tego typu regulacji różni się istotnie w zależności od kraju. W tym konkretnym przypadku strasburski Trybunał stanął na stanowisku, że władze tureckie mogą wprowadzić tego typu ograniczenia w celu zapewnienia porządku publicznego i pokojowego współistnienia na terenie uczelni studentów różnych wyznań⁶². Poza tym zwrócić należy również uwagę,

⁵⁸ Na temat zasady wolności wyznania w kontekście jej konfliktu z krajowym prawem karnym por.: P. Hofmański, *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej znaczenie dla prawa karnego*, Białystok 1993, s. 342 i n.

⁵⁹ W związku z tym zagadnieniem wspomnieć należy też o orzeczeniach ETPCz zajmujących się innymi jego aspektami: Decyzja X v. Wielka Brytania, 12.03.1981 r., skarga 8160/78, DR 22/27 (kwestia przestrzegania godzin pracy, które pokrywają się z czasem modlitwy); Decyzja X v. Wielka Brytania, 12.07.1978 r., skarga 7992/77, DR14/234 (obowiązek stosowania kasku motocyklisty jako sprzeczny z obowiązkami religijnymi); Decyzja Karaduman v. Turcja, 3.05.1993 r., skarga 16278/90, DR 74/101 (regulacje sposobu ubierania się na terenie laickiego uniwersytetu).

⁶⁰ M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2005*, Kraków 2006, s. 154.

⁶¹ Orzeczenie Leyla Şahin v. Turcja, 10.11.2005 r., skarga 44774/98, § 109: „(...)the role of the national decision-making body must be given special importance (...)”. ETPCz, podejmując to zagadnienie, powołał się również na następujące orzeczenia: Jewish Liturgical Association Cha’are Shalom ve Tsedek v. Francja, 27.06.2000 r., skarga 27417/95; Wingrove v. Wielka Brytania, 25.11.1996 r., skarga 17419/90.

⁶² Trybunał powołał się tutaj na znajdującą się w konstytucji tureckiej zasadę laickości państwa, która była podstawą wprowadzenia owego zakazu noszenia chust

że w fakt noszenia wspomnianej chusty nabrał politycznego znaczenia⁶³. Jednak, co Trybunał wyraźnie zaznaczył, wszelkie tego typu regulacje nie mogą uderzać w zasadę pluralizmu i zupełnie wykluczać jakąkolwiek swobodę manifestowania swojego wyznania czy przekonań⁶⁴. Na gruncie przytoczonego orzecznictwa zakaz noszenia symboli religijnych nie stanowić będzie naruszenia art. 9 Konwencji (również w połączeniu z art. 14) tak długo, jak regulacje takie mieć będą charakter neutralny i nie wprowadzać rozróżnienia między wyznawcami różnych religii⁶⁵. Oczywiście, tego typu ograniczenia w ekspozycji symboli religijnych nie są jedynymi środkami stosowanymi przez państwo, mogącymi pozostawać w konflikcie z zasadą wolności wyznania chronioną przez Konwencję.

Następnym zagadnieniem, na które warto zwrócić uwagę, jest sprawa utraty pracy (w jednostkach państwowych) z powodu niemożności pogodzenia wymogów stawianych pracownikowi z jego aktywnością o charakterze religijnym. Zaczniemy od przyjrzenia się sprawom *Konttinen v. Finlandia* i *Kalaç v. Turcja*, które dobrze pokazują podejście Europejskiego Trybunału do tego zagadnienia⁶⁶. W pierwszej

i uznał go za usprawiedliwiony właśnie w kontekście utrzymania tej zasady (*Leyla Şahin v. Turcja*, § 116). Więcej na temat zasady laickości państwa tureckiego por.: A. Szymański, *System konstytucyjny Turcji*, Warszawa 2006, s. 20.

⁶³ Przykład, jakie skrajne emocje może budzić ta kwestia, zob.: S. Arsu, *Islamic Head Scarves at Issue in Killing of Judge in Turkey*, *The New York Times*, 18.05.2006.

⁶⁴ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 407, por. Decyzja w sprawie *Dahlab v. Szwajcaria*, 15.02.2001 r., skarga 42393/98, gdzie fakt noszenia kwefu nazwany został „potężnym symbolem religijnym” (*powerful religious symbol, un symbole religieux fort*).

⁶⁵ Zagadnienia związane z zakresem tego typu regulacji pojawia się również w innych sprawach, z najważniejszych należy wymienić: Decyzję *Emine Arac v. Turcja*, 19.09.2006 r., skarga 9907/02 (odrzućcie podania z powodu zamieszczonego na nim zdjęcia, na którym skarżąca widnieje w kwefie); Decyzję *Sefika Kose i 93 innych v. Turcja*, 24.01.2006 r., skarga 26625/02 (zakaz noszenia chusty w szkole ponadpodstawowej o profilu teologicznym); Decyzję *Kurtumulus v. Turcja*, 24.01.2006 r., skarga 65500/01 (utrata pracy z powodu złamania zakazu noszenia chusty).

⁶⁶ Decyzja *Konttinen v. Finlandia*, 3.12.1996 r., skarga 24949/94, DR 87-A/68, Orzeczenie *Kalaç v. Turcja*, 1.07.1997 r., skarga 20704/92, RJD 1997-IV.

z nich, gdzie pracownik został zwolniony z pracy w kolejach państwowych, gdyż nie mógł pogodzić czasu pracy z obowiązkami religijnymi. Dodajmy, że sytuacja zdarzała się jedynie kilka razy w roku i że prosił on wówczas o zastępstwo⁶⁷. Trybunał stanął na stanowisku, że powód zwolnienia nie miał podłoża religijnego, ale wynikał z odmowy podporządkowania się wyznaczonym godzinom pracy⁶⁸. Istotne z punktu widzenia Konwencji było to, że nie miał tu miejsca żaden nacisk na zmianę religii, a skarżący mógł zrezygnować z pracy, której wykonywanie przeszkadzałoby mu w wykonywaniu czynności religijnych⁶⁹. Inną stroną tego samego zagadnienia pokazuje druga z przywoływanych spraw. Faruk Kalaç, będący sędzią w tureckim sądzie wojskowym, został przymusowo przeniesiony w stan spoczynku w związku z głoszeniem przez niego fundamentalistycznych poglądów i przynależnością do sekty religijnej zmierzającej do wprowadzenia w państwie szarijatu⁷⁰. Sam natomiast twierdził jedynie, że ograniczał się do modlitw pięć razy dziennie i przestrzegania postu w okresie ramadanu bez jakiegokolwiek działania uderzającego w laickość państwa (która jest w Turcji jedną z naczelnych zasad konstytucyjnych)⁷¹. ETPCz przyznał w swoim orzeczeniu państwu prawo do wprowadzania regulacji, które mieć będą na celu ochronę jego świeckości, która zgodna jest przeciwieństwem z zasadą rządów prawa⁷². Ponadto przyczyną usunięcia kapitana Kalaça z czynnej służby było

⁶⁷ W latach 1992-1993 sześć razy w piątki opuścił pracę przed końcem swojej zmiany.

⁶⁸ Ponadto w raporcie, EKPCz zauważyła, że podpisał on umowę o pracę bez żadnych zastrzeżeń dotyczących piątkowego czasu pracy: „(...) employment contract which the applicant had signed without reservations in 1986 (...)”, DR 87-A/68.

⁶⁹ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji...*, s. 408.

⁷⁰ Chodziło o jego przynależność do organizacji zwanej Sektą Sulejmana, o której istnieniu sam Kalaç wszakże nie wiedział.

⁷¹ M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. Tom 2. Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002, s. 937–939.

⁷² Tego typu argumentacja pojawia się również w orzeczeniu Refah Partisi v. Turcja, w którym znajduje się odniesienie do sprawy Kalaç v. Turcja, por. § 93: „(...) principle of secularism is certainly one of the fundamental principles of the State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights and democracy”.

naruszenie dyscypliny wojskowej i zasady laickości państwa związane z jego aktywnością religijną, dlatego konkludując, Trybunał uznał, że nie miało miejsce naruszenie art. 9 Konwencji⁷³.

Uwagi końcowe

Analizując przytoczone powyżej orzecznictwo, które dalekie jest od wyczerpania wszystkich zagadnień związanych z szeroko pojętą wolnością wyznania, można jednak pokusić się o pewne wnioski dotyczące najważniejszych problemów, jakie się w nim rysują.

Na początku należy zaznaczyć, że istota boska – przedmiot kultu religijnego, niezależnie od tego, o jakiej religii mówimy, jest niepoznawalna. Pomijając aspekty dogmatyczne czy filozoficzne, z punktu widzenia ochrony wolności sumienia, myśli i wyznania na gruncie EKPCz uznać trzeba, że pytanie: czy Bóg istnieje, w ogóle nie powinno być rozważane. Kluczowy jest tutaj bowiem sam fakt posiadania takich czy innych przekonań religijnych (światopoglądu), gdyż to on i aspekty z nim związane podlegają ochronie na mocy Konwencji. Wolność, którą można by nazwać wewnętrzną, z samej swojej istoty nie może podlegać żadnym ograniczeniom, jednak uzewnętrznianie swoich przekonań już tak⁷⁴. Dochodzimy więc do podstawowego problemu, jaki jest zakres kompetencji państwa w ograniczaniu wolności wyznania (a ściśle biorąc: w uzewnętrzniania go) i w jakim celu te ograniczenia mogą być wprowadzane. Ograniczenia takie według Konwencji muszą być „przewidziane przez prawo”. Zwrot ten oprócz samych aktów prawa (ustaw) obejmuje również zasady rządów prawa, pewności prawa, które to zasady wspólne są dla państw Rady Europy⁷⁵. Taka interpretacja pojawiła się w raporcie Komisji w sprawie *Silver v. Wielka Brytania*, gdzie została ona

⁷³ § 28–31 orzeczenia, RJD 1997-IV.

⁷⁴ L. Koba, W. Waclawczyk (red.), *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy*, Warszawa 2009, s. 236.

⁷⁵ Także z uwzględnieniem w miarę potrzeby wszystkich istotnych okoliczności, por. orzeczenie *Kruslin v. Francja*, 24.04.1990 r., skarga 11801/85.

wyprowadzona z użytego we francuskim tekście Konwencji wyrażenia *prévues par la loi*, którego najbliższe tłumaczenie brzmi właśnie „rządy prawa”⁷⁶. Dotyczyć to również będzie systemu *common law*, który występuje w niektórych państwach członkowskich Rady Europy⁷⁷. Tak rozumiane prawo musi spełniać trzy przesłanki, żeby można było mówić o jego zgodności z art. 9 Konwencji, a mianowicie warunki: dostępności, precyzyjności i koniecznego uzasadnienia ingerencji państwa⁷⁸. Do zgodnych z Konwencją przyczyn, którymi państwo uzasadnia wprowadzenie regulacji ograniczających swobodę wyznania, należą ochrona bezpieczeństwa, zdrowia, moralności publicznej i praw innych osób. Jednak nawet gdy istnieje konieczność państwowej ochrony któregoś z wymienionych interesów zbiorowych, dana regulacja musi przejść dodatkowy test, żeby można było stwierdzić jej zgodność z art. 9 Konwencji. Chodzi o proporcjonalność zastosowanych środków do celu, jaki ma zostać osiągnięty⁷⁹. Ze względu na specyfikę zagadnienia Trybunał posiada szeroki margines swobody w ocenie, czy owa zasada proporcjonalności została zachowana. Ocena taka uwzględnić musi specyfikę kraju oraz stanowić wyważenie racji między interesem jednostki a społeczeństwa, w którego imieniu działa przeciw państwo⁸⁰.

⁷⁶ Raport *Silver v. Wielka Brytania*, 11.10.1980 r., skarga 5947/72, § 278: „»prévues par la loi« in French, it is a reference to the rule of law, the principle of legal certainty, which is an essential thread in the Convention scheme . It is not a mere reference to the domestic law of the respondent State . Thus any interference with a person’s right under Art . 8 must be predetermined by clear substantive law in order to render any interference reasonably foreseeable, adequate safeguards being set up against a misuse of power by a public authority”. W tym przypadku za „prawo” uznano wewnętrzne regulacje więzienne. Por. również na przykład orzeczenie *Berthold v. Republika Federalna Niemiec*, 12.10.1978 r., skarga 7308/75, gdzie przedmiotem badania był kodeks etyczny Stowarzyszenie Weterynarzy.

⁷⁷ Orzeczenie *Sunday Times v. Wielka Brytania*, 26.04.1979 r., skarga 6538/74.

⁷⁸ M. Warchałowski, *op. cit.*, s. 155.

⁷⁹ Zasada ta jest powszechna w porządkach konstytucyjnych krajów Rady Europy; na temat Polski zob.: L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2006, s. 102. Na temat innych krajów europejskich zob.: L. Prakke, C. Kortmann, *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer 2004.

⁸⁰ M. Warchałowski, *op. cit.*, 164.

The prohibition of discrimination from the point of view of confession in the landmark cases of the European Court of Human Rights. (Summary)

The paper is dedicated to analysis of case-law of the European Court of Human Rights (“the Court”) regarding freedom of thought, conscience and religion enshrined in the European Convention of Human Rights.

While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to manifest one’s religion, alone and in private, or in community with others, in public and within the circle of those whose faith one shares. The question to be asked here is to what extent the state can impose measures aimed to restrict that freedom and what could be the justification for the state interference .

The states, members of the Council of Europe, represent different religious traditions: Catholic, Orthodox, Muslim etc. Each of religious systems represents different issues related to protection of the values it represent. The article provides an overview of the landmark cases of the Court.

Problem dyskryminacji mniejszości seksualnych w stosunkach rodzinnych w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Wstęp

Impulsem do podjęcia rozważań dotyczących sytuacji mniejszości seksualnych na gruncie prawa rodzinnego i opiekuńczego poszczególnych krajów był niedawno ogłoszony wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który badał sprawę Piotra Kozaka domagającego się prawa do dziedziczenia mieszkania komunalnego po zmarłym partnerze. Nie po raz pierwszy Trybunał w Strasburgu rozstrzygał kwestie związane z obowiązującym w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności zakazem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Warto zatem przyjrzeć się bliżej ochronie prawnej, jaką roztacza nad mniejszościami seksualnymi Konwencja oraz wnioskowi wyciąganemu na jej podstawie przez Trybunał i odpowiedzieć na pytanie, czy art. 14 EKPCz, mówiący, że: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w (...) Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”¹, stanowi, mimo braku bezpośredniego ujęcia, faktyczną ochronę mniejszości seksualnych w stosunkach rodzinnych?

¹ Article 14. Prohibition of discrimination: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colors, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”.

Ogólne ujęcie praw człowieka i zakazu dyskryminacji

Prawa człowieka można określić jako „te wolności, środki ochrony oraz świadczenia, których respektowania właśnie jako praw, zgodnie ze współcześnie akceptowanymi swobodami, wszyscy ludzie powinni móc domagać się od społeczeństwa, w którym żyją”². Podejmując jednakże próby bardziej szczegółowego zdefiniowania pojęcia praw człowieka i umiejscowienia w nim zakazu dyskryminacji, w tym ze względu na przynależność do mniejszości seksualnych, należy przytoczyć terminologię przyjmowaną przez znawców tematu. Pojęcie to stanowi zatem podstawę wskazania tego, „co się człowiekowi należy na mocy zasady sprawiedliwości. Z tej racji prawa te są nazywane prawami naturalnymi, wrodzonymi, niezbywalnymi, nienaruszalnymi, zawsze i wszędzie ważnymi”³, są to również „powszechnie prawa moralne o charakterze podstawowym, przynależne każdej jednostce w kontaktach z państwem”⁴. Z kolei inni przedstawiciele nauki przedstawiają prawa człowieka jako przywileje przysługujące każdej jednostce wywodzące się z jej przyrodzonej godności. Człowieka nie można tych praw pozbawiać, on nie można się ich zrzec, a państwo ma obowiązek je respektować⁵. Natomiast według Cezarego Mika pojęcie praw człowieka identyfikuje się swoistym rozwarstwieniem. Pierwotne prerogatywy przysługują poszczególnym osobom, są one indywidualne co do zasady, jednakże społecznie zdeterminowane, niezbywalne i równoprawne, czasowo stałe, uniwersalne podmiotowo, przedmiotowo i terytorialnie oraz w ograniczonym stopniu również kulturowo,

² *Encyclopedia of Public International Law, vol. 8, Human Rights and the Individual in International Law. International Economic Relations*, Amsterdam–New York–Oxford 1985, s. 268.

³ J. Tischner, *Prawa człowieka z katolickiej perspektywy*, [w:] *Szkoła Praw Człowieka. Teksty wykładów*, z. 1, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1998, s. 30.

⁴ W. Osiatyński, *Wprowadzenie do pojęcia praw człowieka*, [w:] *Szkoła Praw Człowieka. Teksty wykładów*, z. 1., Helsińska Fundacja Praw Człowieka, z. 1, Warszawa 1996, s. 14.

⁵ A. Łopatka, *Jednostka, jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 13.

obligujące ochronę prawną i za każdym razem wywodzące się z pierwotnej każdego człowiekowi godności osobowej⁶.

Prawa człowieka można również rozważać w kategoriach ochrony w sposób zindywidualizowany praw jednostki, która to ochrona stanowi domenę prawa konstytucyjnego i międzynarodowego. Taką definicji praw człowieka proponuje A. Kuźniar, uważając jednocześnie, że większe znaczenie dla ochrony praw człowieka ma ustawodawstwo krajowe, ponieważ jest bliżej tych praw⁷.

Jak wynika z przytoczonych definicji, w nauce prawa pojęcie praw człowieka rozumiane jest w zróżnicowany sposób. Niektórzy autorzy ujmują prawa człowieka szeroko, zaliczając do nich zarówno prawa materialne, socjalne, jak również kulturalne⁸. Inni stoją na stanowisku, że prawa człowieka przedstawiają prawa zawarte w konstytucjach poszczególnych państw, przysługujące wszystkim jednostkom, a więc zarówno obywatelom, jaki i obcokrajowcom⁹.

Warto również zwrócić uwagę na podział dokonany w ramach praw człowieka. Otóż ze względu na to, kto jest podmiotem tych praw, wyróżnić można prawa, których podmiotem jest jednostka, a więc indywidualne prawa człowieka, oraz takie, których podmiotem jest określona grupa, jak np. wspólnota religijna czy też naród – można wówczas mówić o kolektywnych prawach człowieka. Funkcjonują również prawa człowieka o charakterze mieszanym, których podmiotem mogą być jednocześnie jednostki, zbiorowości, państwa, a nawet cała światowa populacja¹⁰.

W ramy powyższych definicji można również ująć jako jedno z podstawowych dóbr chronionych, prawo do ochrony przed dyskryminacją

⁶ C. Mik, *Koncepcja normatywna europejskiego prawa praw człowieka*, Toruń 1994, s. 17–18. Autor ten uważa ponadto, że w prawie wspólnotowym terminy: „prawa człowieka” oraz „podstawowe wolności” w zasadzie nie występują; zob. *idem*, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 1075.

⁷ A. Kuźniar, *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 12.

⁸ B. Banaszak, *Prawa jednostki i systemy ich ochrony*, Wrocław 1995, s. 6.

⁹ A. Michalska, *Prawa człowieka w systemie norm międzynarodowych*, Warszawa–Poznań 1982, s. 113.

¹⁰ M. Chmaj (red.), *Wolność i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2006, s. 16.

ze względu na przynależności do mniejszości w danym społeczeństwie, w tym do mniejszości seksualnej. Zalicza się ono do fundamentalnych praw obywatelskich przejawiających się w międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka, w tekście Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz)¹¹.

Zakaz dyskryminacji a stosunki rodzinne

Przytoczony na wstępie art. 14 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności stanowi gwarancję zakazu dyskryminacji przy korzystaniu z przysługujących praw. Natomiast prawo do poszanowania życia prywatnego oraz rodzinnego ujęte jest w art. 8 EKPCz, który mówi: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób”¹². Odpowiedzi na pytanie, czy tak unormowana problematyka ochrony przed dyskryminacją i prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinne-

¹¹ Opracowanie jednolitego tekstu w języku polskim przygotowane przez Marka Antoniego Nowickiego na podstawie *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11*, Council of Europe, H/INF(97) 6 (rev.), z uwzględnieniem tekstu Konwencji opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 1993 r., br 61, poz. 284, oraz tekstu Protokołu nr 11 opublikowanego w Dzienniku Ustaw z 1998 r. nr 147, poz. 962. Szerzej zob. L. Kański, *Prawo do prywatności*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 326 i n.

¹² Article 8. Right to respect for private and family life: “1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

go stanowi faktyczną ochronę mniejszości seksualnych w stosunkach rodzinnych, można poszukać w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Piotra Kozaka przeciwko Polsce¹³.

Piotr Kozak mieszkał do 1998 roku wraz ze swoim partnerem w wynajmowanym od gminy lokalu w Szczecinie. Po śmierci partnera Piotr Kozak wystąpił do prezydenta miasta o przepisanie umowy najmu na niego. Umowa przewidywała, że prawo do przejęcia najmu posiada „osoba, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu małżeńskim z najemcą, mieszkająca z nim stale do chwili jego śmierci”. Prezydent Szczecina rozpatrzył sprawę Piotra Kozaka odmownie, a władze Szczecina nakazały eksmisję. Podobne stanowisko zajął sąd, do którego zainteresowany odwołał się od decyzji prezydenta miasta. Sąd uznał, że konkubinaty może być tylko heteroseksualny, ponieważ odwołuje się do pojęcia „pożycie małżeńskie”, a kodeks rodzinny i konstytucja jednoznacznie wskazują, że małżeństwo może być tylko heteroseksualne¹⁴. Sąd okręgowy, do którego Piotr Kozak wniósł apelację, podzielił argumentację sądu pierwszej instancji¹⁵.

Trybunał w Strasburgu stwierdził w swoim orzeczeniu, że wykluczenie osób żyjących w związkach homoseksualnych z prawa dziedziczenia nie może być uznane przez Trybunał za służące ochronie rodziny w tradycyjnym tego słowa rozumieniu. Uznał, że doszło do naruszenia art. 14 Konwencji dotyczącej zakazu dyskryminacji oraz art. 8 mówiącego o poszanowaniu prawa do życia rodzinnego¹⁶. A zatem brak

¹³ Orzeczenie *Kozak v. Polska* z 2 marca 2010 r., skarga nr: 13102/02.

¹⁴ Zob. art. 1 § 1 i 2 Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego (Dz.U. z 1964 r., nr 9, poz. 59) oraz art. 18 Konstytucji RP (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).

¹⁵ http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80708,7617184,Strasburg__Brak_dziedziczenia_przez_homoseksualistow.html.

¹⁶ „(...) The Court Unanimously: 1. Joins to the merits the Government’s preliminary objection on victim status; 2. Declares the complaint concerning the alleged breach of Article 14 taken in conjunction with Article 8 admissible and the remainder of the application inadmissible; 3. Holds that there has been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8 of the Convention and dismisses the above-mentioned preliminary objection; 4. Holds that the finding of violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant; 5. Dismisses the remainder of the applicant’s claim for just satisfaction”.

możliwości dziedziczenia przez partnerów homoseksualnych narusza Konwencję Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Kolejnym przykładem naruszenia zakazu dyskryminacji i pogwałcenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego może być sprawa E.B. v. Francja¹⁷. Sprawa ta dotyczy kwestii procedury uzyskania zezwolenia na adopcję. Strony m.in. przyznały, iż w praktyce zezwolenie to jest warunkiem wstępnym dla przysposobienia dziecka. Samo postępowanie nie dotyczyło natomiast przysposobienia dziecka jako takiego, lecz wniosku o zezwolenie na przysposobienie dziecka w późniejszym terminie. Skarżąca podniosła również, iż była dyskryminowana ze względu na jej zadeklarowaną homoseksualność, co przyniosło skutek w postaci naruszenia art. 14 Konwencji w związku z art. 8 Konwencji, a co za tym idzie – przy wykonywaniu swego prawa na podstawie prawa krajowego była dyskryminowana przez wzgląd na swoją orientację seksualną. Pojęcie orientacji seksualnej wchodzi w zakres stosowania art. 14 Konwencji¹⁸. W odniesieniu do art. 14, na który skarżąca powołała się w omawianej sprawie, wypada wskazać, iż artykuł ten wyłącznie uzupełnia inne, materialne przepisy EKPCz wraz z jej Protokołami. Nie posiada autonomicznego bytu, ponieważ rodzi skutek tylko w związku z wykonywaniem praw i wolności chronionych przez te przepisy. Zastosowanie art. 14 niekoniecznie zakłada naruszenie jednego z materialnych praw chronionych przez Konwencję. Koniecznym, lecz również wystarczającym jest to, by okoliczności faktyczne sprawy mieściły się w granicach stosowania jednego lub więcej artykułów Konwencji¹⁹.

¹⁷ Orzeczenie E.B. v. Francja z 22 czerwca 2008 r., skarga nr: 43546/02.

¹⁸ „45. It should also be noted that the applicant claimed to have been discriminated against on the ground of her avowed homosexuality, resulting in a violation of the provisions of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8. 46. The Court is not therefore called upon to rule whether the right to adopt, having regard, inter alia, to developments in the legislation in Europe and the fact that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, in particular, Johnston and Others v. Ireland, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, pp. 24–25, § 53), should or should not fall within the ambit of Article 8 of the Convention taken alone”.

¹⁹ Zob. więcej: J.A. Frowein, W. Peukert, *Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar*, wyd. 2., Kehl 1996.

Zakaz dyskryminacji mniejszości seksualnych ujęty w art. 14 rozciąga się tym samym poza wypełnianie praw i wolności, których zagwarantowania przez państwo wymagają Konwencja i załączone do niej Protokoły. Zakaz ten ma również zastosowanie do tych praw dodatkowych – wchodzących w ogólny zakres stosowania każdego z artykułów EKPCz – jakie państwo zgodziło się dobrowolnie zapewnić²⁰.

Warto również zaznaczyć, że omawiana sprawa nie dotyczyła przysposobienia dziecka przez parę lub partnera rodzica biologicznego o tej samej płci, lecz dokonania przysposobienia wyłącznie przez osobę samotną, a art. 8 Konwencji nie zajmuje stanowiska się w tej kwestii. Należy także wskazać, iż prawodawstwo pozwanego państwa wyraźnie przyznaje osobom samotnym prawo do wystąpienia o udzielenie zezwolenia na przysposobienie dziecka oraz przewiduje procedurę, na której drodze osoba wnioskująca o przysposobienie może zrealizować ten cel. W związku z tym należy zatem przyjąć, iż okoliczności faktyczne sprawy E.B. v. Francja bez wątpienia wchodzą w zakres stosowania art. 8 Konwencji. W konsekwencji państwo, które stwarzając takie prawo, wyszło poza swe zobowiązania z art. 8 (możliwość przyznana państwu na podstawie art. 53 Konwencji²¹), nie może, przy stosowaniu tego prawa, podejmować środków, które są dyskryminujące w rozumieniu art. 14 Konwencji.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie został zatem powołany do rozstrzygnięcia, czy prawo do przysposobienia dziecka powinno, czy też nie powinno wchodzić w zakres stosowania samego art. 8 Konwencji, biorąc pod uwagę między innymi rozwój legislacji w Europie oraz fakt, iż Konwencja jest instrumentem prawnym, który musi być interpretowany w świetle obecnych uwarunkowań. Biorąc zatem pod uwagę przytoczone powyżej argumenty, można stwierdzić, że art. 14

²⁰ Zob. szerzej: I. Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 1998.

²¹ Article 53. Safeguard for existing human rights: “Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a Party”.

Konwencji Europejskiej, w związku z art. 8 EKPCz, mają zastosowanie w tej sprawie²².

Konotacje prawne i normatywne znaczenie konkubinatu

Rozpatrując przywołaną powyżej sprawę Kozak v. Polska i wydanego w niej korzystnego dla skarżącego orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie można pominąć kwestii związanej z relacjami, jakie łączyły Piotra Kozaka z jego partnerem, i skutków prawnych, jakie mogły ze sobą nieść takie stosunki. Warto zatem przyrzeć się bliżej instytucji konkubinatu w prawie polskim oraz odpowiedzieć na pytanie, czy takie podejście do związków partnerskich, w powiązaniu z odpowiednim prawem miejscowym, dawały sądom krajowym możliwość zajęcia innego stanowiska niż zaskarżone przez Piotra Kozaka.

W prawie polskim konkubinatu powszechnie rozumiany jako trwałe pożycie kobiety i mężczyzny na wzór pożycia między mężem i żoną. Nie jest ono jednak sformalizowane przez zawarcie małżeństwa oraz nie jest kompleksowo uregulowane, mimo że ma pewne znaczenie prawne. W takim rozumieniu konkubinatu może powstać jako efekt świadomego wyboru tej formy pożycia przez zainteresowanych lub też jako skutek wadliwego zawarcia małżeństwa bez spełnienia przesłanek z art. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²³.

Mówiąc o roli konkubinatu, nie sposób pominąć przykładów zaczerpniętych z ustawodawstwa krajowego. Otóż konkubenci mogą upodobnić swoją sytuację prawną do sytuacji małżonków, przez np. wprowadzenie między sobą współwłasności w częściach ułamkowych lub też zawarcie spółki cywilnej²⁴. Mogą również skorzystać z instytucji testamentu oraz umowy ubezpieczenia na wypadek śmierci ze wzajem-

²² Por. pkt. 44–51 orzeczenia.

²³ Art. 1 Ustawy z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

²⁴ Zob. art. 860 i n. Ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93).

nym wskazaniem siebie jako spadkobierców lub osoby uprawnionej do odbioru świadczeń z tytułu takiej umowy²⁵.

Ponadto może dojść do dobrowolnego uznania dziecka konkubiny przez konkubenta lub do sądowego ustalenia jego ojcostwa w celu powstania między konkubentami a ich dziećmi wszystkich stosunków prawnych, jakie ustawodawca przewidział między rodzicami a ich dziećmi²⁶. Można również doszukać się w polskim ustawodawstwie szczegółowych regulacji dotyczące konkubinatu. Art. 91 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁷ przewiduje, że obowiązki dziecka dotyczą nie tylko rodziny opartej na związku małżeńskim, ale każdej w ujęciu socjologicznym, a zatem również takiej, którą tworzą konkubenci i ich dzieci. Natomiast w oparciu o art. 107 tegoż Kodeksu²⁸ w wypadku ustania pożycia konkubentów sąd może ingerować w wykonywanie przez nich władzy rodzicielskiej, a w związku z art. 446 § 2 Kodeksu cywilnego Sąd Najwyższy wyraził opinię, że również pozostający przy życiu konkubent może żądać od sprawcy śmierci drugiego konkubenta środków utrzymania, o których mowa w tym przepisie²⁹.

²⁵ Art. 941 i n. k.c.

²⁶ Art. 61 i n. k.r.o.

²⁷ Art. 91 k.r.o.: „§ 1. Dziecko, które ma dochody z własnej pracy, powinno przyczyniać się do pokrywania kosztów utrzymania rodziny, jeżeli mieszka u rodziców. § 2. Dziecko, które pozostaje na utrzymaniu rodziców i mieszka u nich, jest obowiązane pomagać im we wspólnym gospodarstwie”.

²⁸ Art. 107 k.r.o.: „§ 1. Jeżeli władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom żyjącym w rozłączeniu, sąd opiekuńczy może ze względu na dobro dziecka określić sposób jej wykonywania. § 2. Sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka. Sąd może pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jeżeli przedstawili zgodne z dobrem dziecka porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem, i jest zasadne oczekiwanie, że będą współdziałać w sprawach dziecka. Rodzeństwo powinno wychowywać się wspólnie, chyba że dobro dziecka wymaga innego rozstrzygnięcia”.

²⁹ Art. 446 k.c.: „§ 2. Osoba, względem której ciążył na zmarłym ustawowy obowiązek alimentacyjny, może żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody renty obliczonej stosownie do potrzeb poszkodowanego oraz do możliwości zarobkowych i majątkowych zmarłego przez czas prawdopodobnego trwania obowiązku alimentacyjnego. Takiej samej renty mogą żądać inne osoby bliskie, którym zmarły dobrowolnie i stale dostarczał środków utrzymania, jeżeli z okoliczności wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego”.

Również Kodeks karny odnosi się do instytucji konkubinatu, zaliczając w art. 115 § 11³⁰ konkubentów do kręgu osób bliskich, w związku z czym przysługuje im prawo odmowy zeznań, a ordynacja podatkowa przewiduje w art. 111 § 1 i § 3³¹ solidarną odpowiedzialność obu konkubentów za zaległości podatkowe każdego z nich³².

Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wielokrotnie wskazywał, że *signum specificum* konkubinatu jest jego trwałość przejawiająca się fizyczną, ekonomiczną i duchową więzią tworzącą się w ramach siedliska domowego, czyli trwałym pożyciem łączącym przedstawicieli obojga płci. Uzewnętrznienie owej trwałości oraz wspólnego pożycia – poza jego elementem fizycznym – stanowi wspólne zamieszkiwanie i prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego³³. Natomiast w sensie aksjologicznej przez trwałe pożycie w związku konkubencym rozumieć należy pozostawanie we wspólnocie, która nie powstała na jakiś z góry określony, konkretny okres czasu, lecz z zamiarem trwania aż do końca razem.

Z wyjątkiem nielicznych przykładów, w dużej mierze przywołanych powyżej, polskie ustawodawstwo nie zawiera unormowań odnoszących się do skutków pożycia par konkubencjonalnych. Można zatem przypuszczać, że ustawodawca preferuje związki formalne jako takie, które zapewniają lepszą ochronę interesów zarówno dwojga osób, jak rów-

³⁰ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.) – art. 115 § 11: „Osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”.

³¹ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005 r., nr 8, poz. 60 ze zm.) – art. 111: „§ 1. Członek rodziny podatnika odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie z podatnikiem prowadzącym działalność gospodarczą za zaległości podatkowe wynikające z tej działalności i powstałe w okresie, w którym stale współdziałał z podatnikiem w jej wykonywaniu, osiągając korzyści z prowadzonej przez niego działalności. (...) § 3. Za członków rodziny podatnika uważa się zstępnych, wstępnych, rodzeństwo, małżonków zstępnych, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz pozostającą z podatnikiem w faktycznym pożyciu”.

³² Przykładów może być więcej: wyłączenie sędziego lub urzędnika organów administracji od powadzenia sprawy dotyczącej osoby, z którą tworzą konkubinatu, zob. art. 23 § 3 k.p.a., art. 49 k.p.c., art. 41 § 1 k.p.k.

³³ Zob. wyrok SN z 5 grudnia 1997 r., II CKN 485/97.

niez i potencjalnego potomstwa. Takie preferencje związane są również z możliwością kontroli państwa nad powstaniem i funkcjonowaniem rodziny³⁴.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, że instytucja konkubinatu, czyli niesformalizowanego związku dwojga osób, nie została unormowana. W konsekwencji nie ma możliwości wyprowadzania jakichkolwiek generalnych roszczeń z samego faktu pozostawania w takim związku³⁵. Nie można się zatem doszukać, zarówno w literaturze, jak i judykaturze Sądu Najwyższego, jednej, uniwersalnej podstawy rozstrzygnięć spraw majątkowych konkubentów³⁶.

Aby uzyskać pełny obraz sytuacji związanej ze stanowiskiem sądów polskich, zajęтым przy rozpatrywaniu sprawy z powództwa Piotra Kozaka, oraz oceną wydanych przez nie orzeczeń, dokonanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, należy również zwrócić uwagę na prawo miejscowe.

Obowiązująca w 1998 roku uchwała rady miejskiej w Szczecinie wymagała, by przejmujący prawo najmu po osobie bliskiej mieszkał z nią co najmniej sześć lat³⁷. Zachodziły wątpliwości, czy Piotr Kozak rzeczywiście współzamieszkiwał ze zmarłym partnerem przez cały ten okres. W trakcie weryfikacji jego wniosku przez urzędników Zarządu Budynków i Lokali Komunalnych ustalono, że w tym samym czasie mieszkał na stałe w innym miejscu. Fakt ten został potwierdzony w toku późniejszych ustaleń, co ostatecznie odebrało mu prawo do ubiegania się o mieszkanie po partnerze. A zatem podstawą do udzielenia Piotrowi Kozakowi odmownej odpowiedzi na jego wniosek w omawianej sprawie było niespełnienie wymogów formalnoprawnych przez zainteresowanego, a nie – jak to zostało podkreślone podczas procesu, względy odmienniej orientacji seksualnej zainteresowanego.

³⁴ Klasycznym przykładem takiej kontroli jest wprowadzenie zakazu zawierania małżeństw bigamicznych, przez osoby całkowicie ubezwłasnowolnione czy przed osiągnięciem przepisanej wieku.

³⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12 grudnia 2007 r., sygn. II SA/Wa 1545/07.

³⁶ Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, sygn. I ACa 590/06.

³⁷ http://www.rp.pl/artyku/92106,441662_Homoseksualista_wygral_z_Polska.html.

Natomiast odnosząc się do samego stanowiska polskich sądów administracyjnych, należy uznać, że w świetle obowiązującego prawa krajowego nie miały one możliwości zajęcia korzystnego stanowiska dla skarżącego, a ich orzeczenie nie stanowiło naruszenia zakazu dyskryminacji ujętego w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ponieważ decyzja wydana w toku postępowania administracyjnego opierała się na przesłankach prawnych i nie przejawiała znamion reakcji homofobicznych na tle orientacji seksualnej wnioskodawcy.

Przytoczone powyżej przykłady polskiej legislacji i rozwiązań systemowych świadczą na korzyść polskiego ustawodawcy, który wychodzi naprzeciw oczekiwaniom społecznym w kwestii konkubinatu. Co się zaś tyczy związków konkubenckich w odniesieniu do mniejszości seksualnych, warto pamiętać, że Polska przystąpiła do Karty Praw Podstawowych jedynie w ograniczonym zakresie, przez co dodatkowo uniemożliwiło sądom krajowym zajęcie odmiennego stanowiska w sprawie Piotra Kozaka³⁸.

Negatywne ujęcie aspektu rodzinnego w odniesieniu do mniejszości seksualnych

Jako kontrast dla pozytywnego ujęcia zakazu dyskryminacji mniejszości seksualnych w odniesieniu do relacji rodzinnych, zarówno na płaszczyźnie między partnerami tej samej płci, jak również między dorosłą osobą homoseksualną i jej relacjami prawnymi z małoletnimi, można przedstawić decyzję Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 19

³⁸ Tekst Karty w języku polskim (Dz. Urz. UE z 2007 r., C 303, s. 1). *Charter of Fundamental Rights of the European Union* – zbiór fundamentalnych praw człowieka podpisany 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei w imieniu trzech organów Unii Europejskiej: Parlamentu, Rady oraz Komisji, powtórnie, z pewnymi poprawkami, podpisany przez przewodniczących tych organów podczas szczytu w Lizbonie 12 grudnia 2007 r. Moc wiążąca dokumentu została mu nadana przez Traktat lizboński podpisany 13 grudnia 2007 r., wszedł on w życie 1 grudnia 2009 r.

maja 1992 roku w sprawie *Kerkhoven v. Holandia*³⁹. Komisja uznała bowiem, że stały związek homoseksualny między dwiema kobietami nie wchodzi w zakres prawa do poszanowania życia rodzinnego gwarantowanego przez art. 8 Konwencji.

Wnoszący skargę nie mają zakazu, ustanowionego przez właściwe ustawodawstwo pozwanego państwa, wspólnego życia jako rodzina. Problemem pojawiającym się w omawianej sprawie jest natomiast niemożność jednej ze skarżących ustanowienia określonych więzów prawnych z innym skarżącym, a konkretnie z synem drugiej skarżącej, co w przypadku jej śmierci, a więc śmierci naturalnej matki, lub też w przypadku zakończenia związku między dorosłymi w inny sposób może nabrać znaczenia⁴⁰. Jednakże pozytywny obowiązek państwa wynikający z art. 8 Konwencji nie jest posunięty tak dalece, aby wymagać, by kobieta w sytuacji pierwszej skarżącej, żyjąca wspólnie z matką dziecka i samym dzieckiem, była uprawniona do nabycia praw rodzicielskich w stosunku do dziecka. Nie można zatem uznać, iż nastąpiło naruszenie prawa skarżących do poszanowania ich życia rodzinnego. Wzajemne relacje pary homoseksualnej stanowią materię dotyczącą życia prywatnego zaangażowanych w niego osób. Ustawowa niemożność powierzenia pierwszej skarżącej władzy rodzicielskiej nad synem drugiej skarżącej nie pociąga za sobą żadnych ograniczeń w sferze życia prywatnego skarżących. Nie można więc twierdzić, iż w niniejszej sprawie zaszła ingerencja w prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego. Natomiast w zakresie sprawowania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem para homoseksualna nie może być zrównana z mężczyzną i kobietą żyjącymi razem⁴¹.

Takie uzasadnienie decyzji Europejskiej Komisji Praw Człowieka diametralnie różni się od orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i szczególnie uwidacznia problem dyskryminacji mniejszo-

³⁹ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 19 maja 1992 r., sprawa nr 15666/89.

⁴⁰ Zob. M.A. Gold, E.C. Perrin, D. Futterman, S.B. Friedman, *Children of gay or lesbian parents*, Pediatrics in Review / American Academy of Pediatrics, 1994.

⁴¹ Zob. szerzej: D.A. Greenfeld, *Reproduction in same sex couples: quality of parenting and child development*, Current Opinion in Obstetrics & Gynecology, 2005.

ści seksualnych w relacjach rodzinnych w stosunku do par heteroseksualnych oraz w sytuacji konieczności nawiązania więzów prawnych z dziećmi swojego partnera.

Konsekwencje dyskryminacji ze względu na przynależność do mniejszości seksualnych

Należy również zwrócić uwagę na działania podejmowane przez osoby dyskryminowane ze względu na przynależność do mniejszości seksualnych, ponieważ ich aktywność społeczna i prawna, ukierunkowana na uzyskanie faktycznego równouprawnienia, przynosi korzystne dla zainteresowanych zmiany w ustawodawstwie zarówno krajowym, jak i międzynarodowym, a liczba przysługujących im praw stale rośnie.

W sprawie *Dudgeon v. Wielka Brytania* w 1981 roku Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu podjął decyzję, że zakaz aktywności homoseksualnej sprzeciwia się zapisom Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, łamiąc tym samym prawo do prywatności przyznane przez art. 8 Konwencji. W konsekwencji rząd Wielkiej Brytanii zastosował się do rezolucji i zniósł zakaz dotyczący aktywności homoseksualnej⁴². Było to pierwsze spektakularne zwycięstwo zasady antydyskryminacyjnej i sukces osób dotkniętych dyskryminacją na tym tle.

Do podtrzymania powyższego stanowiska przez Trybunał doszło w październiku 1988 roku. W sprawie *Norris v. Irlandia*⁴³ nakazał on usunięcie podobnego przepisu z kodeksu Republiki Irlandii. Rząd irlandzki był wielokrotnie upominany i ponaglany przez Komitet Ministrów Rady Europy, będący organem kontrolującym wykonania decyzji Trybunału, do uchylecia zakazu stosunków homoseksualnych. Nastąpiło to dopiero 24 czerwca 1993 roku, kiedy parlament irlandzki zmuszony był do podporządkowania się temu stanowisku ze wzglę-

⁴² Orzeczenie w sprawie *Dudgeon v. Wielka Brytania* z 22 października 1981 r., skarga nr 7525/76.

⁴³ Orzeczenie w sprawie *Norris v. Irlandia* z 26 października 1988, skarga nr 10581/83.

du na formalne żądanie związane z przynależnością Irlandii do Unii Europejskiej.

Kolejnym znaczącym krokiem w kierunku zakazu dyskryminacji mniejszości seksualnych była decyzja z marca 1994 roku Komitetu Praw Człowieka, działającego przy ONZ, stanowiąca, że kryminalizacja homoseksualizmu łamie zarówno prawo do prywatności, jak również przepisy antidyskryminacyjne ustanowione w Międzynarodowym Pakcie Praw Politycznych i Obywatelskich⁴⁴. Komitet zinterpretował jednocześnie zakaz homoseksualizmu jako dyskryminację ze względu na płeć⁴⁵.

Na gruncie prawa Unii Europejskiej również, od lat osiemdziesiątych, zostały podjęte kroki zmierzające do stworzenia sytuacji prawno-społecznej, która gwarantowałaby zakaz dyskryminacji. W tym właśnie celu Parlament Europejski, jak również Parlamentarne Zgromadzenie Rady nakazały krajom członkowskim całkowite zrównanie praw osób homoseksualnych i heteroseksualnych we wszystkich obszarach prawa, a zwłaszcza zrównanie wieku dopuszczalności stosunków seksualnych⁴⁶.

Ponadto Rada i Parlament Europejski w 1994 roku wydały dyrektywę o treści: „W obliczu szeregu niesprawiedliwości i aktów nietolerancji i dyskryminacji, które czynią człowieka pozbawionym elementarnych praw, jakimi są swoboda i wolność oraz zgodność i harmonia z własną naturą i jej pragnieniami, obroną przeciw wszelkim naruszeniom tych praw jest prawo człowieka do szczęścia”⁴⁷.

⁴⁴ Art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich: „Wszyscy ludzie są równi wobec prawa i są uprawnieni, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, do jednakowej ochrony prawnej. W związku z tym, prawo zakazuje jakiegokolwiek dyskryminacji i gwarantuje wszystkim osobom równoprawnej i skutecznej ochrony przed dyskryminacją z takich powodów, jak rasa, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, majątek, urodzenie lub innego stan”.

⁴⁵ Komitet Praw Człowiek przy dokonywaniu interpretacji oparł się na art. 2, 17 i 26 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich.

⁴⁶ Zob. rezolucja na temat seksualnej dyskryminacji w miejscu pracy, 1984, oraz zalecenie 924/81, wniosek o zalecenie 6348/90.

⁴⁷ Zob. również: dyrektywy – 2000/43/WE w sprawie równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz 2000/78/WE w sprawie równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy.

Parlament Europejski przyjął również w lutym 1994 roku Zalecenie przygotowane przez Komitet Wolności Obywatelskich i Spraw Wewnętrznych⁴⁸, nawołujące kraje członkowskie i kandydujące do Unii do uznania praw osób homoseksualnych i ich związków na równi z prawami osób i związków heteroseksualnych oraz ich ochrony i przeciwdziałania dyskryminacji we wszystkich sferach prawa⁴⁹.

W kwestii dyskryminacji mniejszości seksualnych stanowisko zajmują również organizacje pozarządowe. Jako przykład można przytoczyć fragment oświadczenia, największego ogólnoswiatowego ruchu ludzi działających na rzecz praw człowieka, jakim jest Amnesty International⁵⁰, w sprawie zagrożenia praw mniejszości seksualnych w Polsce: „Amnesty International wyraża zaniepokojenie w związku z panującym w Polsce klimatem nietolerancji wobec środowiska lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych; klimat ten przejawia się w zakazywaniu zgromadzeń publicznych organizowanych przez organizacje mniejszości seksualnych, jawnie homofobicznym języku używanym przez niektórych prominentnych polityków oraz podżeganiu przez niektóre ugrupowania pravicowe do nienawiści wobec osób homoseksualnych. Amnesty International z niepokojem przyjmuje do wiadomości likwidację instytucji rządowej odpowiedzialnej za promowanie równego traktowania mniejszości seksualnych (...) Biorąc pod uwagę opisany klimat panujący wokół mniejszości seksualnych w Polsce, Amnesty International wyraża zaniepokojenie niedawną likwidacją urzędu Pełnomocnika Rządu ds. Równego Statusu Kobiet i Mężczyzn, w którego kompetencjach leżało również promowanie równego traktowania mniejszości seksualnych. Likwidacja tego urzędu sprawia, że Polska jako jedyne państwo członkowskie Unii Europejskiej nie ma umocowanego ustawą urzędu do spraw równości i stawia pod znakiem zapytania zgodność

⁴⁸ Zalecenie 1290/94.

⁴⁹ Zob. szerzej: P. Leach, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, wyd. 2, Oxford 2005.

⁵⁰ Zob. polskojęzyczna strona Amnesty International: <http://amnesty.org.pl>.

takiego stanu rzeczy z prawem Unii Europejskiej dotyczącym zakazu dyskryminacji (...)”⁵¹.

Podsumowanie

Analizując akty prawa międzynarodowego oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także obserwując działania podejmowane przez organizacje i stowarzyszenia międzynarodowe oraz osoby dotknięte dyskryminacją przez wewnętrzne systemy prawne poszczególnych państw, można stwierdzić, że zasada zakazu dyskryminacji daje duże możliwości jej egzekwowania, które są coraz częściej i skuteczniej wykorzystywane przez osoby należące do mniejszości seksualnych.

Dowodem na postępujące zmiany, wymuszone między innymi przez przedstawione orzeczenia Trybunału oraz stanowiska organizacji działających na rzecz praw człowieka, może być przykład adopcji dzieci przez pary jedнопłciowe, które w większości krajów europejskich nie mają takiego prawa. Podobnie odmawia się prawa do adopcji samotnym osobom homoseksualnym, podczas gdy osoby heteroseksualne w podobnej sytuacji nie są pozbawione tych praw. Jednakże w wyniku starań osób zainteresowanych udało się zmienić tę sytuację w Holandii, Danii i we Francji⁵².

Można zatem stwierdzić, że Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, nie ujmująca bezpośrednio problemu dyskryminacji mniejszości seksualnych, przy interpretacji art. 14 popartej orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz innymi aktami prawa międzynarodowego, odnoszącymi się do problematyki ochrony praw człowieka, zapewnia ochronę mniejszości seksualnych w stosunkach rodzinnych.

⁵¹ Oświadczenie Amnesty International z 24 listopada 2005 roku. Pełen tekst oświadczenia dostępny pod adresem: [http://amnesty.org.pl/index.php?id=72&tx_ttnews\[tt_news\]=4274&cHash=cacfl44a0d](http://amnesty.org.pl/index.php?id=72&tx_ttnews[tt_news]=4274&cHash=cacfl44a0d).

⁵² Zob. więcej: F. Tasker, *Lesbian mothers, gay fathers, and their children: a review*, Journal of Developmental and Behavioral Pediatrics, JDBP, 2005.

Discrimination of Sexual Minorities in Families in the Light of the European Convention on Human Rights (Summary)

An increased number of complaints to the European Court of Human Rights, regarding the discrimination of sexual minorities, raises the question about the protection that is guaranteed in that area by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

There is also a question whether article 14 of the Convention regarding the prohibition of discrimination and article 8, that guarantees the rights to respect private and family life, protect sufficiently the human rights in this area, and whether particular social factors should occur apart from legal solutions in order to guarantee equal rights of homosexual individuals in family relations.

The analysis of the presented discrimination cases of sexual minorities where the Tribunal confirmed the violation of article 14 with reference to article 8 of the Convention and the presentation of the reactions of people who were affected by the discrimination as well as the measures taken by human rights organizations make it possible to describe the problem and give answers to the questions concerning the complexity and efficiency of the protection offered by the Convention.

Część II

PRACE KARNISTYCZNE

Redakcja:
Maciej Szostak
Izabela Dembowska

Słowo wstępne

Z dużą satysfakcją pragnę zachęcić wszystkich Czytelników (nie tylko prawników) zainteresowanych *sensu largo* pojmowanymi naukami penalnymi do zapoznania się z pracami z nauk penalnych wchodzącymi w skład niniejszego tomu. Autorami artykułów są głównie doktoranci Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego z takich jednostek naukowych, jak: Katedra Kryminalistyki, Katedra Prawa Karnego Materialnego, Katedra Postępowania Karnego, Katedra Prawa Karnego Wykonawczego, Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej.

W niniejszej części znalazły się prace poświęcone różnym zagadnieniom badawczym w mojej ocenie zasługującym na popularyzację, reprezentującym bardzo różne dziedziny nauk penalnych, a mianowicie: prawo karne materialne i prawo karne porównawcze (Joanna Brzezińska, Anna Zalesińska, dr Rafał Citowicz, Martyna Pieszczyk, Jan Marcin Zięba), prawo karne procesowe (Irmina Bondarczuk, Emilia Mądrecka, Alicja Olszar, Piotr Pałaszewski), prawo karne wykonawcze (Alina Rogowska, Kamila Mrozek, Katarzyna Sitnik), prawo wykroczeń (Joanna Szufel), a wreszcie – *last but not least* – kryminalistyka i psychologia sądowa (Izabela Dembowska).

Wyrażam nadzieję, że zaproponowane przez „młodych przedstawicieli nauki” (w niektórych przypadkach są to pierwsze samodzielne próby popularyzacji własnych poglądów) ujęcie analizowanych problemów stanowić będzie przyczynek do konstruktywnej „wymiany myśli” nad stanem, „kondycją”, „użytecznością” oraz przyszłością, jak i kierunkiem rozwoju współczesnych badań nauk penalnych, czego wszystkim autorom, Czytelnikom, jak i sobie życzę.

Maciej Szostak

Kierunki rozwoju współczesnego procesu karnego

Zgodnie z powszechnie przyjmowaną w literaturze przedmiotu definicją, „proces karny to zespół prawnie uregulowanych czynności, których głównym celem jest wykrycie przestępstwa i jego sprawcy, osądzenie go za to przestępstwo i ewentualne wykonanie kary oraz środków zabezpieczających”¹. Takie ujęcie procesu karnego w pełni odpowiada zakresłonym w Kodeksie postępowania karnego² celom postępowania wymienionym w art. 2 § 1 k.p.k., a także zasadom, według których proces karny jest skonstruowany. Stanowi on zatem zwięzły zespół norm prawnych, które regulują ogół postępowania będącego realizacją prawa karnego materialnego. Wspomniane normy określają prawa i obowiązki organów procesowych, stron, a także innych uczestników postępowania karnego oraz tok czynności, których zasadniczym celem jest ujawnienie przestępstwa i wykrycie jego sprawcy, jak również orzeczenie w kwestii odpowiedzialności sprawcy za to przestępstwo, a na dalszym etapie doprowadzenie do wykonania kary³.

Próbę pewnej syntezy w zakresie tematyki wskazywanej w tytule niniejszego artykułu należałoby rozpocząć od sięgnięcia do zasadniczych tez pozytywizmu, ponieważ zarówno samo prawo, porządek prawny, jak i nauka prawa w krajach należących do kręgu kultury zachodniej w dalszym ciągu opierają się na zasadach sformułowanych w XIX w. przez przedstawicieli pozytywizmu prawniczego. Dla pozytywistycznego sposobu myślenia, a co za tym idzie, dla pozytywistycznej koncepcji prawa charakterystyczne jest to, że prawo stanowi

¹ K. Buchała, S. Waltoś, *Zasady prawa i procesu karnego*, Warszawa 1975, s. 225.

² Dz.U. 1997, Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

³ Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 13.

„zbiór norm ogólnych w większości przypadków zabezpieczonych taką lub inną formą przymusu”, które powstaje „z reguły w trybie jednostronnych i władczych decyzji wydawanych przez organy państwowe lub z upoważnienia organów państwowych”, natomiast „źródłem prawa są teksty prawne, a więc autoryzowane przez organy państwowe dokumenty, które składają się z norm prawnych (konstytucja, ustawy, akty podustawowe, a w krajach należących do systemu *common law* – precedensy)”. Wśród zasadniczych tez pozytywizmu wskazuje się ponadto, że „prawo jest systemem niezależnym od moralności i innych systemów normatywnych w tym sensie, że norma prawidłowo ustanowiona obowiązuje nawet wtedy, gdyby okazało się, iż jest ona niesłuszna lub nieracjonalna albo niezgodna z innymi pozaprawnymi regułami. Pośród obowiązków, jakie nałożono na organy państwa (jak również na obywateli), wskazać należy takie jak „przestrzeganie prawa, nawet prawa niesłusznego lub niezgodnego z innymi pozaprawnymi regułami (pozytywistyczna zasada rządów prawa)”. Co więcej, nie można zapominać o tym, że „głównymi metodami analizy prawa są metody analityczne (językowo-logiczne), a podstawowym zadaniem prawnika jest egzegeza tekstów prawnych – ich opracowywanie, porządkowanie i wykładnia”⁴.

L. Morawski wskazuje, że kryzys pozytywizmu, spowodowany mógł zostać następującymi przyczynami, mianowicie jak twierdzi: taka koncepcja prawa okazała się „nieefektywnym instrumentem rozwiązywania problemów współczesnych społeczeństw”, gdyż jak uważa: „nieprzypadkowo we wszystkich krajach należących do kręgu pozytywistycznej kultury prawnej (...) obserwuje się narastającą nieskuteczność regulacji prawnych, pogłębiającą się jurydyzację stosunków społecznych i inflację przepisów prawnych. Krytycy pozytywizmu trafnie wskazują, że pozytywizm koncentrował swoją uwagę wyłącznie na funkcjach deontologicznych prawa, a więc na takiej organizacji procesów tworzenia i stosowania prawa, która zapewniałaby ich zgodność z przyjętymi regułami, znacznie mniej natomiast uwagi poświęcał funkcjom instrumentalnym prawa, tj. jego roli jako instrumentu celo-

⁴ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 15–16.

wego kształtowania struktur społecznych. Po drugie istnieje głęboka sprzeczność między autorytatywną strukturą pozytywistycznie zorganizowanego prawa a faktem, że prawo to stało się jednym z najpotężniejszych instrumentów demokratyzacji współczesnych społeczeństw i liberalizacji stosunków społecznych”. Warto podkreślić jest to, że kryzys pozytywizmu w swej klasycznej wersji dał asumpt do tego, aby podjąć próby reformy pozytywistycznego zapatrywania na prawo. Wskazać należy w tym miejscu, że chodzi o tzw. koncepcję prawa jako techniki oraz koncepcję prawa jako rozmowy (odpowiednio koncepcja instrumentalna i komunikacyjna prawa⁵). Zgodnie z założeniami pierwszej z nich „prawo to instrument sterowania procesami społecznymi, a więc instrument polityki społecznej”, a według drugiej „prawo to raczej pewien sposób porozumiewania się podmiotów społecznych niż narzędzie do realizacji określonych celów”⁶. Ujmując inaczej technologiczną wizję prawa, „prawo to zespół dyrektyw instrumentalnych służących do skutecznej realizacji założonych celów. Prawo to technika racjonalnego (w sensie opartego na wiedzy empirycznej i logicznej) sterowania i zarządzania procesami społecznymi. Racjonalność prawa to racjonalność instrumentu, który pozwala sprawnie i skutecznie rozwiązywać problemy społeczne”⁷. Widoczne jest zatem na podstawie powołanych wizji prawa, że może ono funkcjonować w społeczeństwie na dwa odmienne sposoby.

Punktem odniesienia w stosunku do technologicznej wizji prawa jest pojęcie sterowania, gdyż w myśl tej koncepcji prawo staje się instrumentem sterowania procesami społecznymi⁸. Po przeciwnej stronie znajduje się komunikacyjna wizja prawa, według której reguły prawa tworzą formy komunikacji, tj. wskazują na tzw. idealne formy porozumiewania się, przez co dążą do decyzji opartych na konsensusie i autonomii podmiotów, aniżeli do jednostronnych i władczych decyzji jako formy regulacji problemów społecznych. Komunikacyjna wi-

⁵ *Ibidem*, s. 17.

⁶ L. Morawski, *Dwa podejścia do prawa – kilka uwag*, [w:] H. Rot, *Prawo i prawnictwo wobec zmian społecznych*, Wrocław 1990, s. 93.

⁷ L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 29.

⁸ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 52.

zja prawa opowiada się za pewną określoną ideą kontraktu niż za ideą autorytatywnych decyzji⁹. Nawiązując do komunikacyjnej koncepcji prawa, należy zaznaczyć, że uzyskała ona najbardziej dobitne uzasadnienie w sformułowaniu zaproponowanym przez J. Habermasa. Uważa on, że komunikacyjna wizja społeczeństwa to taka, w której „dyskurs jest podstawową zasadą organizowania stosunków społecznych”¹⁰. To z kolei ma niewątpliwie wpływ na ewentualne rozstrzyganie pojawiających się konfliktów. Zgodnie z instrumentalną wizją prawa prawo materialne stanowi instrument, którego funkcją jest realizacja reguł prawa materialnego (wobec czego, zgodnie z takim stanowiskiem, proces sądowy również będzie ograniczony jedynie do realizacji prawa materialnego), a podstawę rozstrzygnięć określają władcze decyzje, a nie mechanizmy konsensualne. Mechanizmy te mogą funkcjonować na gruncie komunikacyjnej koncepcji prawa. Koncepcja ta zakłada, że należy „dążyć do takiego ukształtowania instytucji rozstrzygających konflikty, by podstawę ich rozstrzygnięć stanowił raczej konsens stron”. Jedynym przypadkiem uzasadniającym zastosowanie w modelu komunikacyjnym władczych decyzji byłaby sytuacja, w której dojdzie do naruszenia podstawowych reguł uczciwego porozumiewania się albo wtedy, gdyby strony nie były w stanie rozwiązać powstałego sporu w drodze własnych uzgodnień¹¹.

W najprostszy sposób różnice, jakie zachodzą w stosunku do przedstawionych powyżej modeli prawa, zakreśla stwierdzenie, że jest to „różnica pomiędzy taką wizją prawa, w której władza jest uprawniona do decydowania o środkach i celach ludzkich działań, a obywatele są zobowiązani do wykonywania jej poleceń, a taką wizją prawa, w której ludzie mogą swobodnie decydować o sposobach swojego życia, władza ma obowiązek ochrony tego ich prawa”. Dalsze różnice, przejawiają się także, jeśli weźmie się pod uwagę problematykę nakazów i zakazów w każdym z prezentowanych modeli. Otóż, model instrumentalny wskazuje, że są one całkowicie niezależnym od uprawnień instrumentem kontroli, a ponadto nie stanowią żadnej formy ochro-

⁹ L. Morawski, *Dwa podejścia...*, s. 96–97.

¹⁰ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 79.

¹¹ L. Morawski, *Dwa podejścia...*, s. 96–97.

ny ludzkich uprawnień, są jedynie środkiem do realizacji określonych celów. Przeciwnie rzecz ma się w modelu komunikacyjnym. Zakazy i nakazy służą przede wszystkim ochronie tych sfer, w których ludzie mogą samodzielnie kształtować swoje życie oraz stosunki z innymi ludźmi. Wydają się, że każdy z prezentowanych powyżej modeli przedstawia racje, z którymi należałoby się zgodzić, jednakże obu nie można z pewnością w pełni zrealizować. Zarzut, jaki jest kierowany wobec prawa jako pewnej techniki społecznej, jest ten, który podkreśla, że tak sformułowane prawo prowadzi w przeważającej części do większej roli „nakazów i zakazów w życiu społecznym, a w rezultacie – do wzrostu znaczenia mechanizmów represji i przymusu (...)”. Co więcej, warto zauważyć, że „im większy zakres sterowania za pośrednictwem prawa, tym większe prawdopodobieństwo, że sterowanie okaże się nieskuteczne, ponieważ trudno założyć, że prawo zdoła wyeliminować wszelkie przejawy spontanicznej działalności, które są sprzeczne z aktami sterowania i uzgodnić zachowania z założonym planem działania”. Wobec modelu komunikacyjnego główna krytyka odnosi się do faktu, że niemożliwa jest taka idea prawa, która jest zbiorem określonych reguł porozumiewania się, gdyż idea taka jest nie do utrzymania¹². Takie stanowisko zdaje się mieć oparcie, jeśli przyjrzeć się idei prawa karnego (a w konsekwencji modelowi postępowania karnego), ponieważ prawo karne, to taka gałąź prawa, w której realizacja normy prawnej zabezpieczona jest przymusem, co zdaje się dawać podstawy do twierdzenia, że pełne zaufanie trybom konsensualnym w postępowaniu tym nie mogły mieć miejsca.

Przedstawiona problematyka nawiązuje do tzw. teorii klasycznej, zgodnie z którą proces stanowi pewną technikę realizacji prawa materialnego, „która ma zapewnić możliwie najpełniejsze urzeczywistnienie uprawnień i obowiązków płynących z prawa materialnego”. Takie założenie sprawia, że w toku procesu najważniejszymi zasadami są: zasada prawdy materialnej oraz zasada praworządności¹³. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że tak określone władcze rozstrzyganie spraw można dostrzec w procesie karnym, ponieważ – w jego

¹² *Ibidem*, s. 98–104.

¹³ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 167.

ramach – rola stron jest ograniczona z reguły do przedstawienia argumentów mających na celu poparcie prezentowanego przez nie stanowiska, a także przedstawienie dowodów dla poparcia rzezonnych argumentów¹⁴. W opozycji do teorii klasycznych powstały teorie postklasyczne, które zarzucają tym pierwszym, że proces nie może być jedynie realizacją prawa materialnego. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest fakt, że teorie postklasyczne podkreślają, iż proces sądowy powinien być tak ułożony, by dawał szansę na konsensualną regulację konfliktów, mając na względzie równość porozumiewania się uczestników postępowania. Teoria ta próbuje wskazać, że „rezultat procesu powinien być wynikiem uczciwej gry, a nie aktem woli dysponującej środkami przymusu władzy”¹⁵. Warto zauważyć, że postulaty, jakie są adresowane w stosunku to teorii postklasycznych, mogą być kierowane także względem procesu karnego. Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że charakter dóbr, jakie chroni proces karny, sprawia, że ewentualna możliwość konsensualnej regulacji konfliktów będzie zawsze ograniczona. Można również postawić pytanie, czy w związku z tym, że jednym z celów postępowania karnego jest trafna represja karna zasadne byłoby, aby wszelkie powstające w obszarze prawa karnego konflikty rozstrzygane były konsensualnie, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę trudne przypadki, tzw. *hard cases*. Niemniej jednak, analiza przedstawionego problemu ukazuje, że konsensus w rozstrzyganiu spraw powinien zaistnieć zwłaszcza tam, gdzie mamy do czynienia z przestępstwami odznaczającymi się znikomą społeczną szkodliwością czynu¹⁶. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że omawiane tutaj konsensualne sposoby rozstrzygnięcia coraz bardziej zyskują na znaczeniu. Nie można jednak zapominać, że ustawodawca czuwa, by korzystanie z nich, następowało w zgodzie z ustanowionymi w ustawie karnoprosesowej przesłankami. Dzięki wskazaniu wspomnianych przesłanek (zob. art. 335 k.p.k. – skazanie bez rozprawy; art. 387 k.p.k. – dobrowolne poddanie się karze) ustawodawca pozostawia swoistą „furtkę bezpieczeństwa” w przypadku niespełnienia stawianych przez

¹⁴ L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne*, Państwo i Prawo, 1993, 1, s. 15.

¹⁵ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 176.

¹⁶ S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym*, Kraków 2005, s. 33.

powołane przepisy warunków, co tym samym daje możliwość przekazania sprawy do zwykłego trybu postępowania. Sądzę, że takie ukształtowanie powoływanych instytucji jest słuszne. Obecny Kodeks postępowania karnego nie opowiada się oczywiście za całkowitym konsensualizmem czy jego brakiem. Z drugiej jednak strony wśród środowisk prawniczych (zwłaszcza wśród praktyków) można wyczuć ich ogromną przychylność w takim, a nie innym sposobie rozstrzygania konfliktów, o czym będzie zresztą mowa poniżej.

Poruszając problematykę postępowania dowodowego na podstawie poczynionych uwag, zauważyć można, że postulaty teorii klasycznej spowodowały jego znaczną deformalizację przyczyniając się tym samym do zwiększenia znaczenia tzw. swobodnych dowodów, a także do poszerzenia zakresu obowiązków dowodowych stron postępowania. Co więcej, pewien wpływ wywarło to także na „określoną interpretację wzajemnych relacji między uprawnieniami sądów, organów ścigania i innych organów procesowych w zakresie poszukiwania prawdy, a tymi uprawnieniami i wolnościami jednostek, które mogłyby je chronić przed ingerencją sądu”¹⁷. W. Sauer podkreślał, że jeśli proces rzeczywiście ma stanowić realizację prawa materialnego, to najważniejszym celem procesu powinno być ustalenie prawdy (co uważał, że jest nawet ważniejsze niż ochrona indywidualnych praw i wolności). W związku z tym, dopuszczalne jest w procesie zastosowanie wszelkich środków dowodowych, ale tylko wówczas, gdy ich wykorzystanie nie wyrządza szkody jednostce¹⁸. Zaletą teorii klasycznej jest to, że eliminuje z postępowania jakiegokolwiek bariery, które mogłyby utrudnić dojście do prawdy, ponadto poszerza nakładane na strony postępowania obowiązki dowodowe. Powodem takiego stanu rzeczy jest poniekąd wciąż rosnąca przestępczość, która sprawia, że zasadne jest stanowisko, by proces sądowy był najskuteczniejszą formą walki z tym problemem. Spoglądając na obowiązki oskarżonego (także innych uczestników postępowania) można pośród nich wymienić choćby obowiązek poddania się oględzinom zewnętrznym ciała, lekarskim badaniom psychologicznym i psychiatrycznym. Ponadto zarówno oskarżony, jak i inne pod-

¹⁷ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 170.

¹⁸ *Ibidem*, s. 172.

mioty występujące w postępowaniu muszą liczyć się z możliwością innej jeszcze ingerencji ze strony organów procesowych, takiej jak przejmowanie korespondencji, podsłuch czy tajne nagrania audiowizualne oraz z innymi „niekonwencjonalnymi i problematycznymi z punktu widzenia zasad uczciwego postępowania metodami ustalania faktów, jak choćby świadek *incognito* czy prowokacja policyjna”¹⁹.

Niektórzy autorzy wskazują, że istnieje pewna obawa w związku z rozwojem obowiązków dowodowych nakładanych na strony postępowania, a także na innych uczestników, tym bardziej że jak podnoszą taki obrót spraw może nagiąć zasadę, w myśl której nikt nie może być zmuszany do tego, aby zeznawał przeciwko sobie (*nemo tenetur contra se*). Jest to dosyć istotne spostrzeżenie, gdyż występujące obecnie techniki dowodowe (które w związku z postępem naukowym ulegają przecież rozwojowi) mogą stanowić poważną formę kontroli, a także inwigilacji, zagrażając tym samym prawom jednostek. Sięgając po coraz to nowsze metody zdobywania dowodów powinno się zawsze uwzględniać wypracowaną w doktrynie i praktyce zasadę uczciwego i rzetelnego procesu, który ma na celu takie ukształtowanie postępowania, by rezultat procesu mógł zostać uznany za *fair*. Co ciekawe, ewolucja zasady uczciwego i rzetelnego procesu podała w wątpliwość twierdzenie, że prawo procesowe stanowi jedynie środek jak najskuteczniejszej realizacji prawa materialnego, gdyż „inspirowany zasadą *fair trail* proces staje się jednym z ważnych instrumentów obrony praw obywatelskich i zasad uczciwej komunikacji w interakcjach społecznych”²⁰. Uważam, że takie stanowisko można uznać za prawidłowe, gdyż jeśliby przyjrzeć się współczesnej konstrukcji postępowania karnego, ustawodawca również zwraca uwagę na fakt, iż dojście do ustalenia prawdy w procesie karnym nie może odbywać się za wszelką cenę. Istnieją bowiem o wiele ważniejsze wartości, którym należy zapewnić ochronę (wspomniane prawa obywatelskie, jak również szeroko rozumiane normy etyczne), a które pozwalają zaniechać pełnego ustalania prawdy (czego doskonałym wyrazem są ustanowione przez prawodawcę zakazy dowodowe).

¹⁹ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 359.

²⁰ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 174–177.

Żadna z przedstawionych powyżej wizji prawa, tj. wizja technologiczna i komunikacyjna, nie zostanie w pełni zrealizowana w procesie. Odnosi się to zwłaszcza do procesu karnego, w którym postulat „raczej pojednać niż sądzić” nie zawsze może znaleźć zastosowanie. Dzieje się tak dlatego, gdyż proces karny jest ułożony tak, że interes publiczny wysuwa się na prowadzenie. Niemniej jednak występują stosunkowo liczne głosy wskazujące na zalety istnienia karnoprocessowych porozumień, które z pewnością pozwalają obniżyć koszty i czas trwania postępowania, a ponadto co ważniejsze, odciażają nieustannie przeciążone sądownictwo w rozstrzyganiu spraw²¹.

Na gruncie wyżej zakreślonych rozważań można stwierdzić, że przedstawione dwa modele procesu, a zatem model technologiczny oraz komunikacyjny można odpowiednio zakwalifikować jako te, które opowiadają się za określonym sposobem procedowania. Otóż model technologiczny można określić jako ten, który skłaniać się będzie ku „inkwizycyjnemu” sposobowi działania w toku procesu, natomiast drugi z nich (komunikacyjny) podkreślać będzie dążenie do osiągnięcia konsensusu między uczestnikami postępowania.

Obserwując proces karny na przestrzeni ostatnich lat wydaje się, że można pokusić się o stwierdzenie, że w coraz większym stopniu otwiera się on na konsensualne metody rozstrzygania konkretnych spraw (co przemawiałoby tym samym za komunikacyjnym modelem procesu). Oczywiście jest jednak, że konsensualizm w zakresie prawa karnego nigdy nie będzie tak daleko idący jak w prawie cywilnym, które charakteryzuje się przede wszystkim autonomią woli stron, a co ważniejsze równorzędnością podmiotów w postępowaniu. Tutaj zasadniczo inaczej, niż przyjął to ustawodawca w postępowaniu karnym, dużą rolę odgrywają same strony w kształtowaniu łączących je stosunków prawnych, a to w głównej mierze dzięki występującej na gruncie prawa cywilnego zasadzie swobody umów. Z drugiej jednak strony postępujące w ostatnich latach nowelizacje procedury karnej pokazują, że ustawodawca także w tej gałęzi prawa jest skłonny wprowadzać mechanizmy służące daleko idącemu konsensualizmowi, a co za tym idzie sprawniejszemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości.

²¹ *Ibidem*, s. 179.

Tym, co zasadniczo różni konsensualizm występujący w postępowaniu karnym od tego, jaki spotkać można w ramach prawa cywilnego (mówiąc jednak o prawie cywilnym, należy mieć na względzie pewne granice, które ono wyznacza, co sprawia, że wola stron nie jest wolą niczym nieograniczoną, przykładu takiego ograniczenia dostarcza art. 58 k.c. odnoszący się do bezprawności czynności prawnej), to fakt, mimo którego strony uczestniczące w procesie karnym chociaż mogą zawrzeć wspomniane porozumienie, to nadal przysłowiowe „ostatnie zdanie” leży w gestii sądu, na którym ciąży obowiązek rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto, co bardzo istotne w omawianej kwestii to fakt, że obowiązujący Kodeks postępowania karnego „pozwala na spostrzeżenie, iż orzekanie przez sąd w oparciu o formalne porozumienie stron jakościowo zdecydowanie różni się od orzekania przez sąd w normalnym trybie. Nie jest bowiem prowadzone postępowanie dowodowe lub ulega ono znacznemu ograniczeniu, zaś głównym zadaniem sądu jest zbadanie, czy istnieją przesłanki do uwzględnienia wniosku stron”²².

Omawianą problematykę warto wzbogacić również o rozważania teoretyczne, dzięki którym możliwe stało się już o wiele wcześniej (głównie w nauce zachodnioeuropejskiej) ukształtowanie się instytucji porozumień procesowych, ponieważ odegrały znaczący wpływ na zwiększenie zainteresowania w konsensualnym rozstrzyganiu sporów, a co ważniejsze podkreśliły zalety takiego, a nie innego podejścia do rozwiązywania konfliktów. Wobec powyższego, należy w tym miejscu poczynić odpowiednie uwagi dotyczące tzw. teorii działania komunikacyjnego zaproponowanej przez J. Habermasa, który w swoich rozważaniach zasadniczą rolę przypisuje następującym typom działań, po pierwsze wskazuje na działania celowo-racjonalne, które są oparte na „technicznie użytecznej wiedzy empirycznej”, oraz po wtóre, na działaniach komunikacyjnych, będących „wyrazem oddziaływania na siebie ludzi za pośrednictwem języka lub innych znaczących symboli, których celem jest osiągnięcie porozumienia (konsensusu) uczestników interakcji społecznej”²³. Co więcej, istota działania komunikacyjnego zakłada, że to język stanowi pewnego rodzaju sposób na do-

²² S. Steinborn, *op. cit.*, s. 18.

²³ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 79–80.

chodzenie do porozumienia, a działania komunikacyjne sprowadzają się do pewnego typu interakcji koordynowanych przez akty mowy²⁴. Z powyższego wynika zatem, że owe działania komunikacyjne sprowadzają się w głównej mierze do wzajemnego oddziaływania na siebie ludzi za pośrednictwem języka, a zasadniczym celem takich działań jest uzyskanie porozumienia pomiędzy uczestnikami społecznych interakcji²⁵. W związku z wyróżnieniem wspomnianych powyżej dwóch typów działań J. Habermas wyróżnił w swojej filozofii odpowiadające tym typom dwa różne modele racjonalności. Chodzi o tzw. racjonalność instrumentalną oraz racjonalność komunikacyjną. „O ile podstawą racjonalności instrumentalnej jest prawdziwa wiedza empiryczna i sformułowane na jej podstawie dyrektywy instrumentalne, o tyle podstawą racjonalności komunikacyjnej jest przede wszystkim intersubiektywnie uzasadniona słuszność norm naszego działania. Mówiąc najogólniej, racjonalne komunikacyjnie są te działania, które rozszerzają wolną od przymusu i represji komunikację w stosunkach społecznych, sprzyjają dyskursywnemu kształtowaniu i wyrażaniu woli społecznej oraz umożliwiają konsensualną regulację konfliktów społecznych”²⁶. Zgodnie z przekonaniem J. Habermasa to właśnie dyskurs stanowi pewną idealną formę życia, który zakłada możliwość wyrażania swych interesów przez wszystkich jego uczestników, których słuszność wyraża się za pomocą rzeczowej argumentacji²⁷. Konsekwencją takiego postrzegania dyskursu jest fakt, że jego podstawowym celem jest dojście do konsensusu podmiotów uczestniczących w interakcjach społecznych. Warto pamiętać, że aby wspomniane porozumienie (konsens) było w ogóle możliwe i co ważniejsze, by mogło być uznane za konsens rzeczywisty, a nie jedynie pozorny to dyskurs ten powinien spełniać dwa warunki, mianowicie: warunek porozumiewania się zgodnego z regułami etyki mowy oraz warunek idealnej sytuacji mowy. Mówiąc inaczej, chodzi o to, by wspomniany dyskurs był tak zorganizowany, aby zapewniał porozumiewanie się „w sposób zrozumiały, zgodny z rzeczywistością i naszymi intencjami oraz społecznie uznawanymi normami”. Zgodnie

²⁴ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, Warszawa 1999, s. 186.

²⁵ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 102.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ S. Steinborn, *op. cit.*, s. 28.

z zapatrywaniem J. Habermasa, warunek idealnej sytuacji mowy sprowadza się do potrzeby przestrzegania w toku dyskursu „elementarnych reguł sprawiedliwości proceduralnej, a w szczególności warunku równości partnerów dyskursu w zakresie uzasadniania, obrony i krytyki wszystkich twierdzeń i norm (...)”. Ponadto J. Habermas podkreśla, że uczestnicy dyskursu powinni przyjąć tzw. postawę kooperacyjną, nie zaś strategiczną. Powyższe sprowadza się do tego, że uczestnicy ci powinni dążyć do wspólnego rozwiązania powstałego problemu, nie zaś do partykularnego zwycięstwa w konkretnym sporze²⁸. Niemniej jednak wydaje się, że taki sposób rozstrzygnięcia konfliktów nie do końca pozostaje w zgodzie z zasadami wyznaczającymi porządek procesu sądowego (karnego), gdyż działania stron rzadko kiedy są nastawione na osiągnięcie wspólnego, akceptowanego przez wszystkich rozstrzygnięcia. Wręcz przeciwnie, działania podmiotów w procesie karnym mają z reguły charakter działań strategicznych i są w znakomitej większości nastawione na zaspokojenie w pewnym stopniu indywidualnych interesów. Jednakże niektórzy przedstawiciele doktryny opowiadają się za twierdzeniem, że „wpływ racjonalności komunikacyjnej na kształt sądowych form stosowania prawa jest widoczny i wyraża się w preferowaniu przez systemy procesowe konsensualnych sposobów rozstrzygnięcia konfliktów²⁹”.

Sądzę, że pomimo słuszności w pewnej mierze zapatrywań J. Habermasa na konsensualne sposoby rozstrzygnięcia sporów nie zawsze taki model postępowania znajdzie pełne zastosowanie. W związku z tym przychylam się do podnoszonych w literaturze twierdzeń zaprzeczających możliwości wdrożenia w całości habermasowskiej idei na grunt procedur sądowych, a zwłaszcza procedury karnej. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że w zakresie postępowania karnego „brak jest jednego z podstawowych warunków dyskursu, jakim (...) jest równość stron³⁰”. Co więcej, proces karny jest tak skonstruowany, że po jednej stronie występuje oskarżyciel publiczny, który reprezentuje poniekąd samo państwo, natomiast po drugiej

²⁸ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 106–108.

²⁹ L. Morawski, *Argumentacje...*, s. 104–105; S. Steinborn, *op. cit.*, s. 29.

³⁰ E. Kruk, *Korzenie i koncepcja konsensualizmu w postępowaniu karnym*, *Annales UMCS*, vol. XLVIII, Sectio G, 2001, s. 90.

stronie znajduje się oskarżony. A taki układ sił może spowodować, że z łatwością dojdzie do narzucenia woli „silniejszej strony”, co w konsekwencji sprawi, że będziemy mieć do czynienia jedynie z tzw. pozorem konsensusu niż z jego faktycznym zawiązaniem³¹.

Wydaje się, że ustawodawca wprowadzając do procesu karnego metody konsensualnego sposobu kończenia postępowania, postawił w głównej mierze na chęć uproszczenia i przyspieszenia w rozstrzygnięciu konkretnej sprawy. Postępowanie dowodowe, należy do tej płaszczyzny, w której dochodzi w pewnym stopniu do wspomnianych uproszczeń. Taka sytuacja, w której spotykamy określonego rodzaju uproszczenia, jest w toku postępowania karnego wyjątkowa, choćby dlatego, że poprzednio obowiązujący stan prawny (tj. przed wejściem w życie Kodeksu postępowania karnego z 1997 r.) stanowił, że jakakolwiek „rezygnacja z przeprowadzania dowodów ścisłych nie dotyczyła rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu, a jedynie miała zastosowanie w stosunku do kwestii incydentalnych. Obecnie sytuacja uległa dość radykalnej zmianie, co stwarzać może wiele problemów, jeśli się zważy, że ustawodawca zezwalając na rezygnację z formalnego postępowania dowodowego jednocześnie wymaga, aby sąd rozważając dopuszczalność skazania w trybie konsensualnym doszedł do niekwestionowanego wniosku, że brak jest wątpliwości co do okoliczności popełnienia przestępstwa”³².

Dzięki wprowadzeniu do obecnie obowiązującego Kodeksu postępowania karnego możliwości zawierania formalnych porozumień przez strony spowodowało to określone zmiany w kształcie dotychczasowego procesu karnego w Polsce, nawiązując poniekąd do tzw. *plea bargaining* (targowanie o przyznanie się do winy)³³. Taka jednak regulacja

³¹ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 121–122.

³² S. Steinborn, *op. cit.*, s. 284.

³³ Instytucja ta, ma swoje korzenie w USA, gdzie jest znana od połowy XIX w. Stanowi podstawy współczesnego konsensualizmu w postępowaniu karnym. Jest określana mianem zgody oskarżonego „na zgłoszenie *guilty plea* wobec zarzucanego przestępstwa w rozsądnym oczekiwaniu ustępstw ze strony państwa”. U podstaw omawianej instytucji, leży przede wszystkim odmiennosc w ujmowaniu celów procesu w systemie *common law*, w którym zasadniczo chodzi o rozstrzygnięcie sporu pomiędzy oskarżeniem, a obroną, w którym sąd odgrywa rolę bezstronnego arbitra. Jeśli tylko oskarżony przyznaje się do winy, to wtedy spór, jaki powstał, zostaje zakończony. Jedynie

nie oznacza bynajmniej, aby ucierpiała na tym obowiązująca w postępowaniu zasada prawdy materialnej nakazująca, aby podstawę wszelkich rozstrzygnięć stanowiły prawdziwe ustalenia faktyczne.

Już w początkowym okresie wprowadzenia instytucji konsensualnego rozstrzygnięcia sporów można zauważyć, że dane ze statystyk sądowych wykazują, iż taki sposób załatwiania spraw przybiera na sile (chodzi o tzw. skazanie bez rozprawy oraz dobrowolne poddanie się karze)³⁴. Statystyki sądowe za rok 2009 wskazują, że niemal 180 tys. skazanych zawarło ugodę z prokuratorem, natomiast ponad 34 tys. dobrowolnie poddało się karze (odpowiednio 165 tys. oraz 35 tys. w 2008 r.). Co więcej, procesualiści są zgodni, że taki sposób załatwiania spraw jest zdecydowanie lepszy od „tradycyjnego”³⁵. Wydaje się, że tak przedstawione stanowisko jest słuszne, zwłaszcza jeśli weźmiemy pod uwagę ogrom spraw, którymi muszą zająć się polskie sądy. Ze względu na taką ilość przypadków nie sposób wyobrazić sobie, że sądownictwo w Polsce będzie funkcjonować sprawnie i szybko, a ewentualny ratunek można upatrywać właśnie w przypisaniu większej roli konsensualnym trybom postępowania. Ponadto taka perspektywa zdaje się o tyle trafna, że ze względu na liczne „opóźnienia”, jakie mogą wystąpić w postępowaniu, może dojść do sytuacji, w której na jakości będzie tracić materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu, a w skrajnych przypadkach dojść może do przedawnienia karalności – co w świetle celów postępowania karnego zakreślonych w art. 2 § 1 k.p.k. z oczywistych względów nie jest pożądane.

Sędziowie zgodnie twierdzą, że omawiane instytucje sprawdzają się w praktyce, adwokaci zaś coraz częściej namawiają swoich klientów, aby rozważyli możliwość dobrowolnego podania się karze, natomiast prokuratorzy „ruszyli z masowym stosowaniem wniosków o skazanie bez rozprawy”. Mało tego, eksperci zajmujący się zmianami w kodyfikacjach karnych wychodzą z propozycją poszerzenia omawianych instytucji (proponują, aby ugoda z prokuratorem była stosowana wo-

co pozostaje, to ustalić rozmiar odpowiedzialności, jaką powinien ponieść oskarżony, co także może odbywać się na drodze uzgodnienia, względem którego sędzia okaże się przychylny, zob. *ibidem*, s. 61–62.

³⁴ *Ibidem*, s. 425.

³⁵ http://www.ebos.pl/wiadomosci/1061_targi_o_wysokosc_kary (odczyt: 11 VII 2011 r.).

bec przestępstw zagrożonych karą do 15 lat więzienia – obecnie 10 lat; natomiast w stosunku do dobrowolnego poddania się karze proponują, aby znalazło ono zastosowanie wobec wszystkich czynów zabronionych – w tym zbrodni – a nie tylko względem występków, jak ma to miejsce współcześnie). Przyjmuje się, że niekwestionowaną korzyścią w stosowaniu omawianych instytucji jest przede wszystkim kwestia oszczędności czasu, gdyż „nie trzeba słuchać świadków, przeprowadzać dodatkowych dowodów. W obu wypadkach wyrok może zapadć podczas pierwszego posiedzenia sądu. Choć instytucje te są bardzo różne, obie mają jeden cel – usprawnić postępowanie i pozwolić na szybkie wyrokowanie”. Ogromnym zwolennikiem postępowania konsensualnego jest prof. S. Waltoś. Uważa on, że warto rozszerzyć zakres zastosowania instytucji przewidzianych w art. 335 k.p.k. (tj. ugodą z prokuratorem) oraz 387 k.p.k. (dobrowolne poddanie się karze). Twierdzi, że powyższe może nastąpić jedynie „pod warunkiem, że ma to sprzyjać sprawiedliwemu orzeczeniu”. Z drugiej strony opowiada się, aby zachować pewną „ostrożność w reformowaniu, by nie doprowadzić do zbytniego uproszczenia procedury i lekceważenia dowodów (...). Sama szybkość to jednak nie wszystko. Prawidłowy proces kończy rozstrzygnięcie słuszne i szybkie. Spełnienie tych dwóch warunków jest gwarancją sprawnego wymiaru sprawiedliwości”.

Pomimo coraz większej aprobaty konsensualnego rozwiązywania spraw zawsze istnieje obawa, czy przypadkiem ceną szybkości procedowania nie będzie jej jakość i efektywność. Takie ujęcie tematu nawiązuje w pewnym stopniu do zagadnienia tzw. ekonomicznej analizy prawa. To właśnie ona próbuje udzielić odpowiedzi na pytanie, kiedy prawo jest efektywne, natomiast w stosunku do prawa karnego zasadniczym zadaniem, jakie jest mu stawiane, to takie, które wymaga, aby było przede wszystkim sprawiedliwe. Na tym właśnie polega zasadniczy opór, jaki spotyka problematyka ekonomicznej analizy prawa karnego. Związek pomiędzy wymogiem efektywności i sprawiedliwości jest szczególnie „napięty”, zwłaszcza jeśli weźmiemy pod uwagę prawo karne³⁶. W doktrynie podkreśla się, że prawo (w ogólności, nie zaś tylko prawo karne) powinno być efektywne w sensie ekono-

³⁶ B. Brożek, *Ekonomiczna analiza prawa karnego*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewska, *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Kraków 2007, s. 81.

micznym. Ujęte w ten sposób twierdzenie stanowi sztandarowe hasło *Law and Economics*³⁷. Może ono występować w tzw. wersji mocniejszej lub w wersji słabszej. Według tej pierwszej, „jedynym celem prawa powinna być efektywność ekonomiczna”, natomiast zgodnie z drugą wersją, „jednym z podstawowych celów prawa (obok sprawiedliwości) powinna być efektywność ekonomiczna”. Prawem ekonomicznie efektywnym będzie zatem takie prawo, które prowadzi do zwiększenia dobrobytu społecznego³⁸. Ponadto sama analiza ekonomiczna stwarza możliwości do przeprowadzenia badania kosztów związanych z zastosowaniem określonych norm, a nawet całych regulacji prawnych. W związku z tym, zasadne wydaje się, że w sytuacji zwiększenia szybkości postępowania karnego poprzez możliwość stosowania wspomnianych trybów konsensualnych, a co za tym idzie – ograniczając zakres postępowania dowodowego – można sprawić, że zaangażowanie wymiaru sprawiedliwości w rozstrzygnięcie sprawy nie będzie pociągało za sobą ogromnych nakładów, zmniejszając tym samym wszelkie koszty związane z wyrokowaniem. Takie ujęcie problemu daje wyraz jednej z podstawowych zasad ekonomicznej analizy prawa, jaką jest zasada maksymalizacji dobrobytu. Jej realizacja jest możliwa właśnie dzięki efektywnemu ekonomicznie prawu. Chodzi o „zwiększenie dobrobytu zarówno indywidualnego, jak i społecznego – rachunek użyteczności pokazuje bowiem, że między interesem jednostki i zbiorowości nie musi istnieć żaden konflikt”³⁹. Próbując przełożyć to na grunt postępowania karnego, można pokusić się o stwierdzenie, że chodzi poniekąd o sku-

³⁷ Chodzi o tzw. ekonomiczną analizę prawa, czyli o „zastosowanie teorii ekonomicznych oraz metod ekonometrycznych do badania procesu tworzenia prawa, jego struktury, procesów w nim zachodzących oraz wpływu prawa i instytucji prawnych na ludzi, gospodarkę i państwo”, zob. M. Olender, *Law and Economics – ekonomiczna analiza prawa*, Edukacja Prawnicza, 2005, s. 3.

³⁸ „Ekonomicznie efektywne jest prawo spełniające wymogi, które stawia analiza ekonomiczna, a więc m.in.: konieczność prowadzenia tzw. rachunku użyteczności, określanego również jako rachunek szczęśliwości (*felicific calculus*) – interes społeczny stanowi bowiem wypadkową interesów jednostek, a tym samym zwiększenie szczęścia (przyjemności) poszczególnych jednostek zwiększa szczęśliwość społeczeństwa jako całości”, zob. J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa*, [w:] J. Stelmach, M. Soniewska (red.), *Analiza ekonomiczna...*, s. 13.

³⁹ *Ibidem*, s. 13–14.

teczność w karaniu sprawców przestępstw. Z drugiej jednak strony, mając na uwadze kierunek rozwoju, w jakim zmierza proces karny – wykorzystujący w coraz większym stopniu konsensualne formy załatwiania spraw – sąd rozstrzygający sprawę powinien dysponować niezbitymi dowodami (zgrupowanymi głównie we wcześniejszych etapach postępowania – nacisk położony jest w głównej mierze na postępowanie przygotowawcze, które zgodnie z art. 297 § 1 k.p.k. ma na celu m.in. zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu). Takie twierdzenie zasługuje na wyraźne podkreślenie z powodu istnienia zasady prawdy materialnej, której wykrycie jest zasadniczym celem orzekającego w sprawie sądu. A nacisk na szybkość postępowania w żadnym wypadku nie może odbywać się kosztem jakości tegoż postępowania rozumianej jako zarówno jego efektywność, jak i sprawiedliwość.

Podsumowując przedstawione rozważania, można stwierdzić, że na przestrzeni lat prawo ulegało licznym zmianom, które nierzadko były oderwane od obowiązującego w danym momencie ustroju politycznego. Spoglądając na prawo przez pryzmat tez pozytywizmu, widać jego nieodłączny związek z państwem – „prawem są rozkazy wymuszane przez najwyższą władzę polityczną jako taką”⁴⁰. Prawo opracowywane zatem przez pozytywistów „stanowi stosunkowo jednolity zespół przepisów, wydanych w sposób centralistyczny przez władzę państwową mającą monopol ustawodawstwa”⁴¹. Współcześnie natomiast, nie wolno zapominać o roli, jaką odgrywa orzecznictwo w tworzeniu prawa. Nie chodzi jednak tylko o system prawa *common law*, w którym prymat wiodą precedensy, gdyż również na gruncie prawa polskiego – należącego przecież do kręgu kultury prawa kontynentalnego – linia orzecnicza, jaką wyznacza Sąd Najwyższy, jest bardzo znacząca. Nie można przecież powiedzieć, że sądy niższego rzędu nie kierują się wytycznymi, jakie przyjął Sąd Najwyższy, rozstrzygając podobną sprawę, nad którą sądy te w określonym momencie deliberyują. Co więcej, prawo w coraz większym stopniu dopuszcza metody

⁴⁰ B.R. Wise, *Outlines of Jurisprudence for the Use of Students*, Oxford 1881, s. 9, cyt. za: K. Opałek, J. Wróblewski, *Pozytywizm prawniczy*, Państwo i Prawo, 1954, 1, s. 26.

⁴¹ K. Opałek, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 11.

konsensualnego rozstrzygnięcia sporów (czemu daje wyraz instytucja skazania bez rozprawy, dobrowolnego poddania się karze; nie należy zapominać także o możliwości wykorzystania w toku postępowania mediacji czy zawarcia ugody). Za takim stanowiskiem mógłby przemawiać fakt, że rozstrzygnięcie oparte na wzajemnym porozumieniu się stron, głównie w drobniejszych sprawach może sprawić, że pokrzywdzony oraz sprawca czynu przestępnego odniosą większe korzyści niż w przypadku wydania autorytatywnego wyroku sądowego⁴².

W oparciu o przedstawioną problematykę można mówić o komunikacyjnym modelu uzasadnienia dowodu sądowego oraz o modelu technologicznym. Zgodnie z pierwszym, ważne jest, by każdy „akt uznania twierdzenia w postępowaniu dowodowym powinien spełniać dwa warunki: musi być wydany na podstawie konsensusu stron lub uczestników postępowania; konsensus ten musi odpowiadać społecznie akceptowanym regułom komunikacji”. W modelu tym chodzi o to, że uznawanie twierdzeń jest zależne od osiągnięcia porozumienia przez strony w odniesieniu do faktów uznanych za sporne. Samo natomiast porozumienie powinno uszanować istniejące w stosunkach społecznych reguły komunikacji. Po przeciwnej stronie znajduje się model technologiczny uzasadniania dowodu sądowego. Według niego „argumenty przywoływane w sporach sądowych powinny się opierać na wiedzy pojmowanej w sensie obiektywnym. O tym, czy zdanie należy do wiedzy obiektywnej, rozstrzyga jego stosunek do opisywanych faktów. Jeżeli zdanie zostało potwierdzone przez fakty (...), to takie zdanie może zostać uznane. Zgodnie z technologicznym modelem uzasadnienia (...) organ procesowy odpowiada wyłącznie za to, czy uzasadnienie twierdzenia spełnia przyjęte kryteria logiczne i empiryczne, a nie za to czy uznanie lub odrzucenie zdania pozostaje w zgodzie z jego przekonaniem”⁴³. Podsumowując przedstawione rozważania, należałoby stwierdzić, że obecny kształt systemów procesowych stanowi zazwyczaj wyraz pewnego kompromisu pomiędzy postulatami głoszonymi przez teorię klasyczną oraz teorię postklasyczną. W tak pojętym kompromisie

⁴² L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 179.

⁴³ A. Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. leksykon tematyczny*, Warszawa 2008, s. 280, 290.

– co tym bardziej jest zauważalne w procesie karnym – można znaleźć od dawna istniejący konflikt pomiędzy „intereseм wymiaru sprawiedliwości w jak najskuteczniejszej realizacji prawa materialnego i zarazem takiego ukształtowania instytucji procesowych, by nie tylko realizowały one prawo materialne, ale przede wszystkim, by w autentyczny sposób rozwiązywały (...) społeczne konflikty”⁴⁴.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 181.

Ochrona sfery życia prywatnego w przestrzeni informatycznej

Wstęp

Technika cyfrowa za pośrednictwem technologii informacyjnych zapewnia możliwość sprawnego gromadzenia, przetwarzania i udostępniania informacji. Można zaryzykować stwierdzenie, że przenika ona do wszystkich dziedzin, stając się ich nieodłącznym składnikiem. Współcześnie komunikacja kształtuje świadomość oraz standardy nowoczesnego społeczeństwa, pełni funkcję integracyjną w aspekcie społecznym, gospodarczym i politycznym¹. Czynnikiem, który umożliwił przenikanie się i splatanie systemów komunikacji (konwergencję), a w efekcie „stopień się informatyki i telekomunikacji”, jest Internet². Jego ekspansywny rozwój otworzył przed ludzkością niezmiernie możliwości. Niestety, Internet ma też swoją „ciemną stronę” – równie fascynującą, co niebezpieczną. Dwie główne i immanentne cechy Internetu – eksterytorialność i anonimowość – wyznaczają granice wolności³, dając jednocześnie szerokie spektrum możliwości. Właśnie tym cechom, a zwłaszcza swoistemu „mitowi anonimowości” Internet zawdzięcza swoją popularność. Niestety, tak samo jak w rzeczywistym świecie, także w wirtualnym wolność niesie

¹ Zob. A. Haręza, *Doktryna hakerów – mit czy rewolucja? Uwagi na temat natury informacji, entropii cyberprzestrzeni i postawy awangardy rewolucji postindustrialnej*, Prawo Mediów Elektronicznych, dodatek do Monitora Prawniczego, nr 2, 2006, s. 45. T. Globan-Klas wskazuje, że komunikacja za pośrednictwem elektronicznych mediów zmieniała relacje pomiędzy czasem, przestrzenią a komunikacją społeczną, a wręcz „unicestwiła zarówno czas, jak i przestrzeń w komunikowaniu się na odległość”. Wskutek ewolucji tradycyjna komunikacja asynchroniczna jest zastępowana synchroniczną, zob. T. Globan-Klas, P. Sienkiewicz *Spoleczeństwo informacyjne: szanse, zagrożenia, wyzwania*, Kraków, 1999, s. 10 i 19.

² Zob. J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków, 1998, s. 13.

³ Zob.. K. Gienas, *Cyberprzestępczość*, Jurysta, nr 11, 2003, s. 9.

ze sobą wiele zagrożeń. W efekcie powstają warunki wprost doskonałe do rozwoju przestępczości komputerowej (cyberprzestępczości)⁴.

Celem niniejszego opracowania jest ukazanie problematyki związanej z potencjalnymi zagrożeniami sfery życia prywatnego w przestrzeni informatycznej⁵, a także określenie potencjalnych środków ochrony ukształtowanych na gruncie prawa publicznego i prywatnego.

1. Sfera życia prywatnego a prawa osobiste w Kodeksie cywilnym w kontekście zagrożeń związanych z rozwojem nowoczesnych technologii

Koncepcja prawnej ochrony sfery życia prywatnego człowieka ukształtowała się na gruncie doktryny amerykańskiej⁶. Dorobek doktryny

⁴ Już sam problem znalezienia adekwatnej nazwy dla omawianego zjawiska budzi kontrowersje. Częstokroć używa się nazwy przestępstwo komputerowe, co jest zgodne z określeniami występującymi w języku innych państw, tj. *computer criminality* czy *Komputerkriminalität*. Używane jest także pojęcie „nadużycie komputerowe” (zob. T. Tomaszewski, *Kryminalistyczna problematyka przestępczości komputerowej*, Problemy Kryminalistyki, nr 143, 1980, s. 69). Natomiast jeden z największych autorytetów i pionierów w dziedzinie prawno-karnej analizy prawa nowych technologii K.J. Jakubki zaproponował definicję „przestępczości komputerowej”, zgodnie z treścią której jest to zjawisko kryminologiczne, obejmujące wszelkie zachowania przestępne związane z funkcjonowaniem elektronicznego przetwarzania danych, godzące bezpośrednio w przetwarzaną informację, jej nośnik i obieg w komputerze oraz w całym systemie połączeń komputerowych, a także w sam sprzęt komputerowy oraz prawo do programu komputerowego (zob. K.J. Jakubski, *Przestępczość komputerowa – podział i definicja*, Przegląd Kryminalistyki, nr 2/7, 1997, s. 31). Dla potrzeb niniejszego opracowania przyjęte zostało pojęcie cyberprzestępstwo, zgodnie z terminologią zawartą w Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości (*Council of Europe Convention on Cybercrime*, Budapeszt, 23 listopada 2001 r.).

⁵ Pod tym pojęciem należy rozumieć wirtualną przestrzeń, w ramach której odbywa się komunikacja pomiędzy mediami cyfrowymi. Termin ten zbliżony jest znaczeniowo do „cyberprzestrzeni”, która jednak tradycyjnie zaliczana jest do terminologii *science-fiction*, gdzie służy do określenia „wirtualnej przestrzeni życiowej wygenerowanej przez komputer”. Zob. W. Gibson, *Neuromancer*, Poznań, 1999; zob. także *Przestępczość w cyberprzestrzeni. Nowe formy specyficznej dla naszych czasów przestępczości komputerowej przekład*, za: *Kriminalistik*, 1996, 3, s. 194–198, oprac. Anna Henschke, [w:] *Problemy Kryminalistyki*, 1997, 215, s. 74–78

⁶ Zob. S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, 1890, 4, s. 193.

i judykatury amerykańskiej nie pozostał bez wpływu na europejski porządek prawny, w tym również na polskie regulacje.

Za A. Szpunarem można wskazać, że najogólniej prawo to można rozumieć jako dające generalną ochronę przed ingerencją osób nieuprawnionych w sferę życia prywatnego⁷. Niemniej w ramach zespołu wartości, które sfera ta obejmuje swoim zasięgiem, wyróżnia się przede wszystkim dobre imię, wizerunek, życie osobiste, wolność, tajemnicę danych osobowych, przeszłość danej osoby. Różnorodność wspomnianych wartości jest w dużej mierze uzależniona od poziomu rozwoju kulturalno-cywilizacyjnego państwa, a przede wszystkim preferowanych i akceptowanych w danym społeczeństwie wartości służących samorealizacji jednostki⁸. Truizmem jest twierdzić, że rozwój mediów, takich jak prasy, radia, filmu, telewizji, stwarza nowe możliwości naruszania tej kategorii dóbr i interesów jednostki. Ewolucja ta jest szczególnie zauważalna w dobie społeczeństwa informacyjnego. Jest to nowy typ społeczeństwa, kształtujący się w krajach postindustrialnych, w których rozwój technologii informatycznych osiągnął najszybsze tempo. Jednoznaczne zdefiniowanie tak złożonego pojęcia, jak społeczeństwo informacyjne, jest niezwykle skomplikowanym zagadnieniem⁹. Aczkolwiek założenie, że współczesne społeczeństwo opiera się na „informacji, wiedzy i telekomunikacji jako środkach produkcji i kształtowania warunków życia społecznego”¹⁰, można uznać za aksjomat, które stanowi podstawę dla większości przyjętych konstrukcji definicji.

W kontekście zakreślonego obszaru badawczego koniecznym jest określenie katalogu dóbr osobistych, które w efekcie ekspansyw-

⁷ Zob. A. Szpunar, *O ochronie sfery życia prywatnego*, Nowe Prawo, 1982, 3–4, s. 5 i n.

⁸ Zob. K.K. Kubiński, *Ochrona życia prywatnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, rok LV, 1993, z. 1, s. 61 i n.

⁹ T. Globan-Klas, *Spoleczeństwo informacyjne i jego teoretycy*, [w:] J. Lubacza (red.), *W drodze do społeczeństwa informacyjnego*, Warszawa 1999, s. 29–55.

¹⁰ *Ibidem*, s. 48. Zob. M. Castells w trylogii *Wiek informacji: gospodarka, społeczeństwo, kultura* (1989), *Powstanie społeczeństwa sieciowego* (1996), *Silą tożsamości* (1997), *Koniec Tysiąclecia* (1998). Ten wybitny ideolog jako pierwszy wskazał, że organizacyjną podstawą dla nowoczesnego modelu społeczeństwa jest właśnie sieć, tj. Internet.

nego rozwoju Internetu oraz ukształtowania się nowego typu społeczeństwa – informacyjnego – podlegają nowym rodzajom zagrożeń. Niewątpliwie zaliczyć do niego można takie wartości, jak tajemnica korespondencji, dobre imię, cześć, dobrą sławę, wizerunek oraz prawo do wolności.

1.1. Prawo do prywatności

Postulat wyodrębnienia prawa do prywatności jako samodzielnego dobra osobistego na gruncie polskiego prawa po raz pierwszy został podniesiony przez A. Kopffa¹¹. Podstawowe znaczenie miało przyjęcie przez niego nadrzędnej konstrukcji jednolitego prawa osobistości. W obrębie tej nadrzędnej konstrukcji wyróżnił on prawo do ochrony życia prywatnego, zróżnicowane w zależności od sfer¹². Koncepcja prawa do prywatności z trudem torowała sobie drogę w judykaturze. Dopiero w ostatnim dziesięcioleciu XX w. pojawiły się nowe impulsy zmierzające do ugruntowania koncepcji zakładającej istnienie odrębnego dobra osobistego w postaci sfery życia prywatnego. Nowelizacja art. 14 Ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe¹³, wejście w życie Konstytucji RP¹⁴ z 1997 r. oraz przystąpienie Polski do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ukierunkowały dalszy rozwój doktryny i judykatury w tym zakresie¹⁵. Obecnie za utrwalony należy uznać pogląd zgodny, z którym życie prywatne należy włączyć do katalogu dóbr osobistych, mimo że nie zostało ono wyrażone *expressis verbis* w art. 23 k.c.¹⁶

¹¹ Zob. A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Studia cywilistyczne, 20, 1972, s. 3–40.

¹² Zob. A. Szpunar, *op. cit.*, s. 6.

¹³ Dz.U. Nr 5, poz. 24.

¹⁴ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 02.04.1997 r.* (Dz.U. Nr 78, poz. 483)..

¹⁵ Zob. M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 137–143.

¹⁶ *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny* (Dz.U. Nr 16, poz. 93). Zob. P. Sut, *Czy sfera intymności jest dobrem chronionym w prawie cywilnym?*, Palestra, 1995, 7–8, s. 51 i n.

Prawo do ochrony prywatności implikuje prawo do informacji po stronie jednostki, tj. do otrzymywania wiadomości o tym, gdzie i w jakim celu są przekazywane i przetwarzane dane jej dotyczące. Zastosowanie nowoczesnych systemów informatycznych umożliwiających elektroniczne przetwarzanie danych spowodowało powstanie nowych, nieznanych wcześniej zagrożeń dla prawa do prywatności. Możliwość kumulacji ogromnej ilości informacji o jednostce, szybkość ich gromadzenia i przekazywania za pomocą wcześniej nieznanych metod urealnijają faktyczne niebezpieczeństwo ich zniekształcenia oraz łatwiejszą dostępność do zbiorów dla osób trzecich. Staje się to potencjalnie potężnym środkiem „wywierania presji na jednostkę, tworząc stan zagrożenia w rozmiarze wcześniej niewystępującym”¹⁷.

1.2. Tajemnica korespondencji

Tajemnica korespondencji została wyróżniona *expressis verbis* w art. 23 k.c., a także w art. 49 Konstytucji RP, który gwarantuje wolność komunikowania się oraz jej ochronę. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się możliwie szerokie rozumienie terminu korespondencja, tak by swoim zasięgiem objął on różne sposoby porozumiewania się, w tym także za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Ochrona przysługuje nie tylko adresatowi korespondencji, lecz również jej nadawcy (autorowi). Do naruszenie tajemnicy korespondencji może dojść wskutek różnych zachowań. Tytułem przykładu można wskazać bezprawne zapoznanie się z korespondencją zaadresowaną do innej osoby, w tym także wskutek uzyskania dostępu do systemu informatycznego, przejęcie i przywłaszczenie, a także zniszczenie cudzej korespondencji lub jej upublicznienie. W prawie polskim odrębnie została uregulowana tajemnica telekomunikacyjna (por. art. 159 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne¹⁸).

¹⁷ Zob. M. Safjan, *Prawo do ochrony – granice autonomii informacyjnej*, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Ochrona danych osobowych*, Warszawa, 1999, za: M. Mucha, *Obowiązki administracji publicznej w sferze dostępu do informacji*, Wrocław 2002, s. 150.

¹⁸ Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.

1.3. Dobre imię, cześć, dobra sława, wizerunek

Cześć człowieka jako dobro osobiste została wymieniona w art. 23 k.c. oraz w art. 47 Konstytucji RP. Pozostaje ona w ścisłej korelacji z dobrym imieniem oraz sławą, a także z wizerunkiem oraz głosem człowieka. Do naruszenia wymienionych dóbr osobistych może dojść w rozmaity sposób, w tym także za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. W szczególności, jak już wskazano, rozwój techniki otwiera nowe możliwości naruszania sfery życia prywatnego, w tym zwłaszcza czci i dobrego imienia, często bezkarnie, wobec trudności ujawnienia sprawcy. Portale społecznościowe, fora dyskusyjne, strony internetowe dają sprawcy nowe obszary działalności, chroniąc jednocześnie jego personalia. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku rozpowszechniania wizerunku wbrew woli osoby na niej przedstawionej. Oprócz art. 23 i 24 k.c. ochrona wizerunku uregulowana jest również w Prawie prasowym oraz w Ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo autorskie¹⁹. Szczegółowe umówienie tak skomplikowanej materii wykraczałoby jednak poza ramy niniejszego opracowania.

Co istotne jednak, oceniając ewentualne naruszenie wskazanych dóbr osobistych w Internecie konieczne jest uwzględnienie specyfiki działania tego medium. Z jednej strony trzeba mieć na uwadze takie wartości, jak absolutna wolność słowa, anonimowość, brak jakiegokolwiek kontroli oraz masowy dostęp do umieszczonych danych, a z drugiej strony potrzebę zapewnienia należytej ochrony sfery życia prywatnego. W efekcie zasięg przekazu i masowość jego odbioru wymagają szczególnej ostrożności i wystrzegania się bezprawnego naruszania dóbr osobistych innych użytkowników²⁰ a ocena bezprawności powinna być również uwzględniać kontekst sytuacyjny²¹.

¹⁹ Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.09.1972 r., sygn. akt I CR 374/72, OSPiKA z 1974 r., poz. 28 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29.06.1983 r., sygn. akt II CR 160/83, niepubl., SIP Legalis.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23.05.2003 r., sygn. akt IV CKN 1076/00, OSNC z 2003 r., nr 9, poz. 121.

1.4. Prawo do wolności

Na gruncie doktryny prawa cywilnego ukształtowały się dwie koncepcje dotyczące rozumienia wolności jako dobra osobistego. Według S. Grzybowskiego „wolność” należy rozumieć wąsko jako fizyczną swobodę ruchu²². Natomiast według A. Szpunara termin ten powinno się rozumieć szeroko, jako ochronę przed jakimikolwiek naciskami, które krepują swobodne dysponowanie wartościami osobistymi²³. W przypadku szerokiego rozumienia słowa „wolność” do naruszenia tego prawa na gruncie środków komunikacji elektronicznej może dojść w skutek wysyłania niezamówionej korespondencji (tzw. SPAM) oraz poprzez tzw. profilowanie, tj. tworzenie profili osobowych na podstawie danych uzyskanych przez śledzenie działań konkretnej osoby w Internecie²⁴. Pierwszy czyn penalizowany jest na gruncie Ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną²⁵ (art. 24), natomiast w przypadku profilowania poszkodowany może dochodzić ochrony wyłącznie na gruncie prawa cywilnego.

1.5. Dane osobowe

Na odrębną wzmiankę zasługuje kwestia ochrony danych osobowych. W literaturze przedmiotu prezentowane są odmienne stanowiska w kwestii wyróżnienia danych osobowych jako odrębnego dobra osobistego. Za takim poglądem opowiada się m.in. A. Bierć²⁶. Zgodnie z odmienną koncepcją dane osobowe stanowią tylko szczególną postać prawo do prywatności²⁷. Najszerszą akceptację zyskał jednak trzeci pogląd wypracowany przez tzw. szkołę krakowską (J. Barta, M. Markiewicz,

²² S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa, 1957, s. 84.

²³ A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa, 1970, s. 126.

²⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków, 1998, s. 28.

²⁵ Dz.U. Nr 144, poz. 1204.

²⁶ Zob. A. Bierć, *Ochrona prawna danych osobowych w sferze działalności gospodarczej w Polsce – aspekty cywilnoprawne*, [w:] Wyrzykowski (red.), *op. cit.*, s. 112.

²⁷ Zob. A. Mendis, *Prawna ochrona danych osobowych*, Warszawa, 1995, s. 14 i n.

P. Fajgielski²⁸), w myśl którego pomiędzy ochroną prawa do prywatności (na płaszczyźnie prawa konstytucyjnego i cywilnego) a ochroną danych osobowych (dostrzeganą w Konstytucji RP i regulowaną Ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych²⁹ (dalej: OchrDanOsU) zachodzi stosunek krzyżowania się. Są to przy tym reżimy od siebie niezależne. W praktyce mogą się więc zdarzyć sytuacje, gdy przetwarzanie danych nie zostanie uznane za naruszenie prawa do prywatności³⁰.

W rozumieniu ustawy za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio w rozumieniu przeciętnego odbiorcy, zwłaszcza przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Natomiast jeżeli wykorzystanie takiej informacji wymagałoby nadmiernych kosztów, czasu lub działań, nie uważa się jej za umożliwiającą określenie tożsamości osoby³¹. Przyjęta konstrukcja zapewnia szerokie rozumienie tego określenia, obejmują wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej³², tzn. w sytuacji, gdy administrator danych

²⁸ Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2004, s. 179.

²⁹ Dz.U., Nr 133, poz. 883. Ustawa ta implementowała do polskiego porządku prawnego Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 95/46/WE z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych oraz Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 2002/58/WE z 12 lipca 2002 r. w sprawie przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej. Dyrektywy te zostały wydane w celu stworzenia generalnych ram ochrony danych osobowych w całej Wspólnocie Europejskiej oraz zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony prywatności w ramach wspólnotowego rynku usług telekomunikacyjnych i central telefonicznych.

³⁰ Zob. M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *op. cit.*, s. 142–143.

³¹ Zob. art. 6 OchrDanOsU.

³² Zob. J. Barta, M. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych*, Kraków 2002, s. 283.

może bez nadmiernych nakładów powiązać typy informacji z konkretną osobą³³. Przybliżenia wymaga również zakres podmiotowy OchrDanOsU. Prawo do ochrony danych osobowych zostało przyznane wyłącznie osobie fizycznej, a nie każdemu podmiotowi prawa. Aczkolwiek nie w każdych okolicznościach będzie zapewniona ochrona informacji dotyczącej jednostki. Danym będącym informacją publiczną w rozumieniu Ustawy o dostępie do informacji publicznej³⁴ bądź też zawartym w Ewidencji Działalności Gospodarczej³⁵ nie będzie przysługiwać ochrona na podstawie komentowanej ustawy.

Natomiast każdy posiadający strukturę zestaw danych o charakterze osobowym, dostępnych według określonych kryteriów, niezależnie od tego, czy zestaw ten jest rozproszony lub podzielony funkcjonalnie, jest zbiorem danych³⁶. Jest on obok zbioru ewidencyjnego jedną z dopuszczalnych przez ustawę postaci przetwarzania danych. Jeżeli dane osobowe są przetwarzane za pomocą systemu informatycznego to zgodnie z koncepcją przyjętą przez E. Drozda domniemanie faktyczne przemawia wówczas za uznaniem, że są one przetwarzane właśnie w zbiorze danych, gdyż już standardowe oprogramowanie umożliwia do nich dostęp według wielu kryteriów. W konsekwencji również domniemanie to dotyczy przetwarzania danych na stronie internetowej³⁷. Jednakże OchrDanOsU znajdzie zastosowanie również w przypadku przetwarzania danych w systemach informatycznych poza zbiorem danych. Pod pojęciem przetwarzanie danych należy rozumieć jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych³⁸. Wskazane przez ustawodawcę przykładowe

³³ Zob. A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy*, Warszawa 2006, s. 51.

³⁴ Dz. U. Nr 112, poz. 1198.

³⁵ Prowadzonej docelowo na podstawie Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 – t.j.).

³⁶ Zob. art. 7 pkt 1 OchrDanOsU.

³⁷ Zob. A. Drozd, *op. cit.*, s. 57. Zbiór ewidencyjny przetwarzany jest najczęściej ręcznie, natomiast zbiór danych automatycznie.

³⁸ Zob. art. 7 pkt 2 OchrDanOsU.

operacje na danych zostały uporządkowane w nieprzypadkowej kolejności, gdyż o przetwarzaniu danych można mówić począwszy od zbierania danych, a skończywszy na ich usunięciu. Użycie zwrotu „zwłaszcza” podkreśla, że choć w systemach informatycznych nie zawsze możliwe jest wyróżnienie poszczególnych operacji, dane osobowe i tak podlegają ochronie³⁹.

2. System środków ochrony sfery życia prywatnego w cyberprzestrzeni

2.1. Cywilnoprawne środki ochrony

Niewątpliwie do prywatnej sfery życia należy zaliczyć, jak już wskazano, przede wszystkim fakty dotyczące stosunków jednostki z najbliższym otoczeniem, spokój psychiczny *sensu stricto*, a także dane należące do sfery życia intymnego, takie jak stan zdrowia, przeszłość, życie seksualne. Uruchomienie mechanizmów ochrony cywilnoprawnej następuje w momencie przekroczenia wyznaczonej przez przepisy prawa, zasady współżycia społecznego oraz zgodę dysponenta ostrożności⁴⁰. Na gruncie prawa cywilnego można wyróżnić niemajątkowe (art. 24 k.c.) oraz majątkowe (art. 448 k.c.) środki ochrony prawnej.

Regulacje zawarte w art. 23 i 24 k.c. kreują system instrumentów prawnych chroniących dobra osobiste, pod pojęciem których należy rozumieć wartości o charakterze niemajątkowym, ściśle związane z osobą ludzką, decydujące o jej byciu, pozycji w społeczeństwie, a będące wyrazem jej odrębności psychicznej i fizycznej oraz moż-

³⁹ Przykładowo, dostarczanie wiadomości tekstowych abonentom sieci telefonii komórkowej za pomocą SMS (usługa przesyłania krótkich wiadomości tekstowych w cyfrowych sieciach telefonii komórkowej) na zlecenie podmiotu zewnętrznego jest przetwarzaniem danych osobowych, pomimo że pozostają oni anonimowi dla zleciennodawcy. Zob. wyrok NSA z 10 sierpnia 2005 r., OSK 1856/04, z krytyczną głosem P. Szkudlarka, *Gazeta Sądowa*, nr 1, 2006.

⁴⁰ Zob. E. Woch, *Sfera życia prywatnego i jej ochrona przed naruszeniem w Cyberprzestrzeni*, [w:] R. Skubisz (red.), *Internet 2000. Prawo – ekonomia – kultura*, Lublin, 2000, s. 74.

liwości twórczych, uznane powszechnie w społeczeństwie i uznane przez dany system⁴¹.

Niemajątkowa ochrona dóbr osobistych została uzależniona od dwóch podstawowych przesłanek, tj. od zagrożenia lub naruszenia dóbr osobistych ujmowanego w kategoriach obiektywnych faktów oraz bezprawności, co do której ustawodawca wprowadził domniemanie. Pod pojęciem bezprawności według A. Ciska należy rozumieć pewną obiektywną wadliwość przedmiotową, która polega na obiektywnej sprzeczności określonego zachowania, z pewnymi regułami postępowania, wyznaczonymi zarówno przez normy prawne, jak i przez szeroko rozumiane zasady współżycia społecznego, które swym zakresem mogą obejmować różne reguły postępowania⁴². Nie każde jednak zachowanie prawa podmiotowego danej osoby powinno zostać uznane za bezprawne, albowiem w konkretnych okolicznościach wkroczenie w sferę cudzych dóbr osobistych może mieścić się w granicach wyłączających domniemanie z art. 24 k.c. Do takich kategorii należy działanie w ramach porządku prawnego, realizacja własnego prawa podmiotowego, działanie w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa, zgodna uprawnionego, obrona interesu indywidualnego lub społecznego zasługującego na ochronę bądź wręcz przeciwnie brak zasługującego na ochronę interesu⁴³.

W przypadku, gdy zostaną spełnione wskazane przesłanki i nie zaistnieje żadna okoliczność wyłączająca bezprawność poszkodowany na podstawie art. 24 k.c. może domagać się zaniechania działania, a w przypadku, gdy dojdzie do naruszenia, można domagać się usunięcia skutków naruszenia dóbr osobistych oraz zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty określonej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. W przypadku działań prewencyjnych osoba pokrzywdzona może żądać zaniechania tylko określonego działania. Natomiast, gdy dojdzie do naruszenia dóbr osobistych w Internecie, konieczne staje się

⁴¹ Tak A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w Kodeksie Cywilnym*, Wrocław 1989 (Acta Universitatis Wratislaviensis, No 1016, Prawo CLXVII), s. 39.

⁴² *Ibidem*, s. 69.

⁴³ Zob. S. Grzybowski, *op. cit.*, s. 115 i n.

nadto wykazanie zaistnienia realnej obawy dalszych naruszeń⁴⁴. Jak już wskazano w sytuacji, gdy naruszenie określonej wartości stanie się faktem dokonanym, można żądać usunięcia skutków naruszenia. Treść żądania powinna być dostosowana do charakteru i rodzaju naruszenia dobra osobistego⁴⁵. Poszkodowany może więc domagać się usunięcia stanu naruszenia jego dobra lub podjęcia czynności zmierzających do usunięcia skutków naruszenia, wśród których wyróżnia się takie, które zmierzają tylko do usatysfakcjonowania pokrzywdzonego i takie, które za pośrednictwem mass mediów mają dotrzeć do osób trzecich⁴⁶. W przypadku, gdy do naruszenia dóbr osobistych dochodzi w Internecie przy użyciu publikacji prasowej, aktualizują się instrumenty prawne zagwarantowanego w ramach Prawa prasowego (art. 32 ust. 1). Poszkodowany może żądać umieszczenia sprostowania lub odpowiedzi na łamach danego czasopisma, a gdy redaktor odmówi może on wystąpić do sądu w celu realizacji roszczenia. Wskazać jednak należy, że jak wskazał Sąd Najwyższy korzystanie z ochrony na gruncie Prawa prasowego nie pozbawia poszkodowanego roszczeń z Kodeksu cywilnego, gdyż wzajemna relacja przepisów oparta jest na ich kumulatywnym zbiegu⁴⁷.

Środkiem ochrony dóbr osobistych jest również powództwo oparte na art. 189 k.p.c. Podnosi się, iż uzyskanie wyroku ustalającego „niekiedy wystarczy, aby zapobiec dalszym jego naruszeniom albo aby uchylić niebezpieczeństwo dokonania naruszeń”⁴⁸.

Przepis art. 24 § 1 zd. 3 k.c. odsyła natomiast *de facto* do art. 445 i 448 k.c. Tym samym możliwym jest zasądzenie zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę lub na wskazany przez niego cel społeczny. Przepis art. 24 § 2 k.c. stanowi także, że jeżeli wskutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa,

⁴⁴ Por. S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga I. Część ogólna*, Warszawa, 2006, s. 70.

⁴⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30.12.1971 r., sygn. akt III CZP 87/71, OSN 1972, Nr 6, poz. 104.

⁴⁶ J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 5.

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 08.02.1990 t., sygn. akt II CR 1303/89, OSN z 1991 r., poz. 108.

⁴⁸ M. Pazdan, *op. cit.*, s. 166–169.

poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych. Nie wystarczy wówczas spełnienie przesłanek ochrony z art. 24 § 1 k.c., lecz muszą być równocześnie spełnione przesłanki, od których zależy odpowiedzialność odszkodowawcza. Tym samym nie jest wykluczona kumulacja roszczeń odszkodowawczych zarówno z roszczeniami opartymi na przepisie art. 24 § 1 k.c., jak i z żądaniem zadośćuczynienia pieniężnego na podstawie art. 445 lub 448 k.c. lub z żądaniem zapłaty stosownej kwoty na cel społeczny na podstawie art. 448 k.c.⁴⁹

2.2. Rozwiązania karnoprawne

Ochrona sfery życia prywatnego na gruncie prawa karnego jest ograniczona do enumeratywnie wymienionych w Kodeksie karnym⁵⁰ dóbr osobistym, których naruszenie wołą ustawodawcy zostało spenalizowane. W efekcie wyczerpanie znamion określonych w art. 212–216 oraz 267 k.k. będzie powodować odpowiedzialność karną sprawcy, jeżeli nie zaistnieją okoliczności wyłączające winę lub bezprawność. W efekcie w ramach prawa karnego chronione są takie dobra osobiste jak tajemnica korespondencji oraz dobre imię, cześć, godność i wizerunek.

Przepis art. 267 k.k. obejmuje enumeratywnie wymienione działania przestępne, tj. uzyskanie bezprawnego dostępu do informacji oraz uzyskanie dostępu do systemu informatycznego (*hacking*), naruszenie tajemnicy korespondencji (*sniffing*), a także ujawnienie informacji o innej osobie. Choć w art. 267 § 1 k.k. nie użyto pojęcia „komunikowanie się” ani „korespondencja”, przestępstwo ujęte w tym przepisie nazwać też możemy naruszeniem tajemnicy komunikowania się lub tradycyjnie tajemnicy korespondencji⁵¹. Bezpośrednim przedmiotem ochrony art. 267 § 1 k.k. jest szeroko rozumiane prawo do dysponowania informacją, mające charakter prawa podmiotowego⁵². Tym samym

⁴⁹ *Ibidem*, s. 168.

⁵⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. 88, poz. 553 ze zm.).

⁵¹ Zob. B. Kunicka-Michalska [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316*, t. 2, Warszawa, 2010, s. 684 i n.

⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z 20.01.2003 r., sygn. akt I KZP 43/02, OSNKW, nr 1–2, poz. 5.

przedmiotem czynu jest odpowiednio w § 1 dostęp do informacji nieprzeznaczonej dla sprawcy, w § 2 dostęp do systemu informatycznego do którego sprawca nie ma dostępu, w § 3 użycie urządzenia technicznego w celu uzyskania informacji, do której nie jest sprawca uprawniony, a w § 4 informacja uzyskana w sposób określony w poprzednich paragrafach. Czyn zabroniony określony w art. 267 k.k. jest przestępstwem umyślnym, które może być pożenione z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Jest to przestępstwo ścigane na wniosek pokrzywdzonego (art. 257 § 5 k.k.).

Natomiast art. 212 k.k. penalizuje zachowania, które wskutek naruszenia dobrego imienia, czci, godności lub wizerunku prowadzić będą do zniesławienia pokrzywdzonego. Jest to przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego. Przedmiotem ochrony jest właśnie dobre imię, cześć oraz honor poszkodowanego. Czyn ten popełnia każdy, kto pomawia wymienione w nim podmioty, tj. osoby fizyczne, grupy osób, instytucje prawne, osoby prawne oraz tzw. ustawowe osoby prawne (art. 33¹ k.c.). Pomówienie może być dokonane zarówno niepublicznie, jak i publicznie, w tym również za pomocą środków komunikowania się (art. 212 § 2 k.k.). Jest to przestępstwo formalne, gdyż wystarczy sama potencjalna możliwość poniesienia przez pokrzywdzonego szkód moralnych, tj. poniżenia w opinii publicznej lub narażenia na utratę zaufania. Pomówienie jest przestępstwem umyślnym, które można popełnić w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Nie stanowi zniesławienia krytyka postępowania lub właściwości osób, jeśli jest dokonywana w ramach tzw. dozwolonej krytyki (art. 213 k.k.).⁵³ Przystępstwo zniesławienia jest w dużej mierze podobne do innego przestępstwa określonego w rozdziale XXVII, tj. przestępstwa znieważenia, określonego w art. 216 k.k. Znieważenie może jednak dotyczyć wyłącznie człowieka, zachowanie sprawcy musi być obraźliwe, w przeciwieństwie do zniesławienia zniewaga nie musi być uczyniona w konkretnej wypowiedzi (może być to określony gest lub wizerunek) i musi być skierowana bezpośrednio lub pośrednio do osoby znieważanej. Tutaj również ściganie odbywa się wyłącznie z oskarżenia prywatnego (art. 216 § 5 k.k.).

⁵³ J. Wojciechowski, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *op. cit.*, s. 1298 i n.

2.3. System ochrony związany z przetwarzaniem danych osobowych

Celem zapewnienia ochrony danym osobowym jest umożliwienie realizacji prawnie chronionego interesu jednostki do zachowania prywatności i intymności, szczególnie w dobie postępującej komputeryzacji życia. Faktem jest, że zapewnienie odpowiedniego poziomu ochrony danych osobowych jest koniecznością. Ochrona ta jednak nie powinna mieć charakteru bezwzględnego i dopuszczać możliwość udostępniania danych osobowych i ich przetwarzania pod pewnymi warunkami.

W prawie polskim przetwarzanie danych jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy osoba, której dane dotyczą, wyraziła na to zgodę (chyba że chodzi o usunięcie dotyczących jej danych), jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa oraz do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego i dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, a przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą⁵⁴. Jak już wspomniano, elektroniczna forma przetwarzania danych implikuje powstanie pewnych konsekwencji, który nie występują w ramach formy tradycyjnej. Faktem jest, że nowoczesne środki gromadzenia i przesyłu informacji powodują powstanie zupełnie nowego wymiaru i jakości przetwarzanych danych., co wymaga zastosowania nieco innych standardów oraz procedur postępowania, by zapewnić odpowiednio poziom bezpieczeństwa i integralno-

⁵⁴ Zob. art. 23 ust. 1 OchrDanOsU. W przepisie tym wskazany jest jeszcze jeden przypadek, tj. gdy jest to konieczne do realizacji umowy, gdy osoba, której dane dotyczą, jest jej stroną lub gdy jest to niezbędne do podjęcia działań przed zawarciem umowy na żądanie osoby, której dane dotyczą, który zostały celowo pominięty przez autorke, gdyż wykracza poza zakres tematyczny pracy. Zasady przetwarzania danych są ograniczone przez art. 27 ust. 2 OchrDanOsU, który zawiera enumeratywny katalog wyjątków od całkowitego zakazu przetwarzania danych szczególnie wrażliwych, tzn. ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, jak również danych o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach lub życiu seksualnym oraz danych dotyczących skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatów karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.

ści danych⁵⁵. Stąd ustawodawca ustanawia wymóg odpowiedniego zabezpieczenia danych w systemie informatycznym. Rozumie się przez to wdrożenie i eksploatację stosownych środków technicznych i organizacyjnych zapewniających ochronę danych przed ich nieuprawnionym przetwarzaniem⁵⁶.

Wskazać należy również, że wszystkie zadania, którymi obciąża się administratorów bezpieczeństwa informacji, są realizowane w ramach posiadanych środków, a ich skuteczność jest uzależniona od należytego wypełniania nałożonych obowiązków przez wszystkie podmioty mające dostęp do systemu informatycznego⁵⁷.

Zakończenie

Prawo cywilne chroni niewątpliwie wszelkie dobra przed wszelkiego rodzaju zagrożeniami pochodzącymi nie tylko od ludzi, ale także od jednostek organizacyjnych. Natomiast katalog dóbr osobistych chronionych przez prawo karne jest węższy i ma charakter zamknięty. Nadto prawo cywilne może również pełnić funkcję prewencyjną, dzięki instrumentom z art. 24 k.c., a wydany przez sąd cywilny wyrok zakazujący działań zagrażających lub naruszających dobra osobiste działa na przyszłość. Ważkim argumentem jest również fakt, iż na gruncie prawa cywilnego wystarczającym jest wykazanie bezprawności naruszenia, w sytuacji, gdy prawo karne wymaga zawinienia. Niewątpliwie z uwagi na krótkie okresy przedawnienia w prawie karnym, ochrona cywilnoprawna oparta na art. 24 k.c. również jest pełniejsza, gdyż roszczenia te nie przedawniają się, a skutków prawnych nie zlikwiduje ustawa amnestyjna lub

⁵⁵ M. Jabłoński, K. Wygoda, *Ochrona danych osobowych w prawie polskim*, [w:] J. Gołaczyński (red.), *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, Warszawa 2003, s. 137.

⁵⁶ Niezbędne minimum środków i procedur zabezpieczających wskazano w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 3 czerwca 1998 r. w sprawie określenia podstawowych warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz.U. Nr 80, poz. 522).

⁵⁷ M. Jabłoński, K. Wygoda, *op. cit.*, s. 146.

warunkowe umorzenie postępowania, jak to jest na gruncie postępowania karnego. Wydaje się, że ciężar ochrony dóbr osobistych w coraz większym zakresie będzie jednak spoczywał na prawie cywilnym, którego elastyczne instrumenty mogą sprostać szerokiemu spektrum zagrożeń istniejących we współczesnym świecie.

Jednakże w kontekście omawianych rozwiązań prawnych wskazać należy, iż skuteczność ochrony szeroko rozumianej sfery życia prywatnego w dużej mierze należy od zakresu edukacji oraz świadomości istnienia zagrożeń. W związku z powyższym zaznajomienie się z nowymi technologiami stało się nie tylko społecznym obowiązkiem, lecz jak pisze U. Meinberg nabrało wręcz „egzystencjalnego znaczenia”⁵⁸. Społeczeństwo powinno być odpowiednio przystosowane do zachodzących przemian. Wiele osób widzi jednak szansę w technice, czyli różnego rodzaju zabezpieczeniach, takich jak programy antywirusowe czy też systemy hasel. Ochrona ta jednak bez wystarczającego poziomu świadomości użytkowników może się okazać jednak niewystarczająca, gdyż to właśnie człowiek jest najsłabszym ogniwem bezpieczeństwa informatycznego⁵⁹. Niezależnie od technicznego zaawansowania szkodliwych programów, cyberprzestępcy często próbują wykorzystać ludzkie słabości, by rozprzestrzeniać swoje metody, czemu mają służyć różne ukształtowane w ramach inżynierii społecznej (tzw. socjotechniki). W efekcie bardzo ważną rolę odgrywa tzw. świadomość społeczeństwa informacyjnego, czyli świadomość roli wiedzy i technologii informatycznych w życiu społeczeństw, dostrzeganie niebezpieczeństw związanych z tymi procesami oraz przewidywanie negatywnych efektów rozwoju świadomości informatycznej, która jest powiązana z rolą informatyzacji życia we wszystkich dziedzinach⁶⁰.

⁵⁸ Zob. U. Meinberg, *Wpływ nowych technologii informacji na społeczeństwo i człowieka*, [w:] A. Kieras, M.S. Szczepański, U. Żydek-Bednarczyk, *Internet – społeczeństwo informacyjne – kultura*, Tychy 2006, s. 14.

⁵⁹ Tytułem przykładu można wskazać nienależyte przechowywanie hasel dostępowych, tworzenie zbyt prostych hasel, otwieranie załączników w sytuacji, gdy nie znamy nadawcy, ujawnienie swoich danych osobowych.

⁶⁰ L.W. Zacher, *Rewolucja informacyjna i społeczeństwo*, Warszawa, 1997, za: M.S. Szczepański, R. Geisler, *Budowa społeczeństwa informacyjnego. Wyzwania dla województwa śląskiego*, [w:] A. Kieras, M. S. Szczepański, U. Żydek-Bednarczyk, *op. cit.*, s. 146.

La peine criminelle, sa spécification et sa dimension dans le droit pénal français

Dans la perspective stricte la peine reste la sanction qui caractérise l'infraction. Le mot « la peine » vient étymologiquement du grec, où il signifiait le poids, dans le sens de compensation du mal¹. Actuellement elle fonctionne comme une réaction simple et répressive pour combattre la délinquance, elle peut être appliquée contre une personne, ses biens ou son honneur. J. Bodin donne suivante définition de la peine : « (...) c'est un mal physique ou moral sanctionnant la violation de l'ordre d'une société déterminée et appliqué à l'auteur de la violation ou à d'autres personnes par une ou plusieurs personnes ayant qualité pour ce faire »². L. De Graëve écrit : « (...) sanction serait la mesure qui, légalement

¹ On peut distinguer la peine publique qui est toujours infligée par l'État au coupable, et le deuxième type de peine – privée qui reste une sanction strictement civile et permet d'attribuer à la victime un avantage supérieur au montant de son préjudice. Une autre distinction: peine criminelle, correctionnelle, de police; politique, de droit commun; principale, complémentaire, qui est obligatoire ou facultative; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, éd. Cujas, Paris 1984, p.789; L. Huguency, *Le sort de la peine privée dans la première partie du XX^{ème} siècle*, Études Ripert, t. II, p. 249; M. Crémieux, *Réflexions sur la peine privée moderne*, Mélanges Kayser 1979, p. 261; A. Bernardi, *Réparation du dommage et peine; leur autonomie conceptuelle et influence réciproque dans le système pénal italien*, éd. R.S.C. 1987, p. 397; M. Anquetil, S. Buffard, Y. Castan, P. Poncela, L.-M. Raingard de la Blétière, P. Robert, *La peine quel avenir? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, [in:] *Actes du colloque du Centre Thomas More des 23–24 mai 1981*, éd. Cerf, Paris 1983, p. 19; F. Debove, F. Falletti, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, éd. Presses Universitaires de France, Paris 2001, p. 189; M.M. Feeley, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*, *Criminology*, 1992, vol. 30, no. 4, p. 449–474; P. Mary, *Délinquants, délinquance et insécurité, un demi – siècle de traitement en Belgique*, Bruxelles Bruylant 1998; *Pénalité et gestion des risques; vers une justice « actuarielle » en Europe?*, *Déviance et société*, vol.25, n° 1, 2001, p. 33–51.

² Société Jean Bodin, *La peine*, 3^{ème} partie, Bruxelles 1989, p. 47.

définie par les textes pénaux et dont la mise en oeuvre respecte les principes de droit pénal, punit un délinquant suite à la commission d'une infraction pénale »³. E. Durkheim constate que la peine c'est « une réaction personnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite »⁴. Le but de la peine est clair, c'est la procuration d'une souffrance au condamné qui reste plus ou moins intensive selon la gravité du mal commis⁵. Il faut remarquer que la sanction pénale réalise la fonction répressive et elle reste tout d'abord une intervention postdélictuelle de la société. Elle prévient les atteintes injustes dans une société et les punitions injustes⁶. F. Debove et F. Faletti proposent trois aspects d'existence de la peine dans le droit pénal : tout d'abord ils constatent que la peine c'est « la réponse apportée par le droit criminel à l'effet de prévenir, et s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction ». Mais pour les auteurs la peine c'est aussi « la sanction infligée par le juge répressif à la personne jugée responsable d'une infraction pénale ». À la fin de leurs considérations il y a une réflexion: « La peine exprime enfin la dimension de souffrance effectivement subie par le délinquant à la suite de sa condamnation pénale »⁷. M. Boisot souligne en plus que la sanction constitue la concrétisation du prix attribué à un acte par un pouvoir compétent, « (...) une peine attachée à un acte estimé illégal par un pouvoir jugeant (...) »⁸.

³ L. De Graëve, [in:] *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, éd. Harmattan 2007, p. 63.

⁴ F.-J. Pansier, *La peine et le droit*, éd. Presses Universitaires de France, Paris 1994, p. 9.

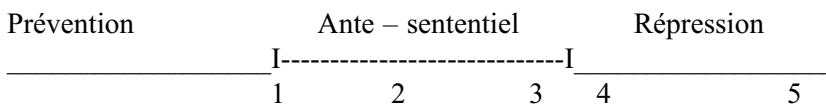
⁵ La souffrance peut présenter le caractère: physique (châtiment corporel), moral (privation ou restriction de la liberté locomotrice), matériel (privation d'argent ou capacité juridique (totale ou partielle)); R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel...*, p. 792.

⁶ F.-J. Pansier, *op. cit.*, p. 11.

⁷ Dans la perspective formelle la peine reste « le châtiment prévu par la loi et infligé par le juge répressif à la personne reconnue coupable d'une infraction pénale ». F. Debove, F. Falletti, *op. cit.*, p. 189 et 192.

⁸ M. Boisot, *Approche systématique de l'ambiguïté de la sanction*, [in:] *Sanction et Culpabilité. Essais de philosophie pénale et de criminologie, V. II*, Institut de Criminologie de Paris, éd. Archer 2000, p. 57.

Les étapes consécutives de pénalisation:



- 1) Oralité déviante de niveau inférieur à deux.
- 2) Avertissement et autres mesures présentesielles.
- 3) Oralité déviante de niveau inférieur à deux réitérée ou oralité déviante de niveau supérieur à deux.
- 4) Décision de poursuite.
- 5) Jugement⁹.

La sanction reste une spécificité du droit pénal, parce que sans elle on ne peut caractériser aucune infraction¹⁰. « (...) une interdiction ou une obligation qui n'est pas pénalement sanctionnée n'est pas une infraction »¹¹. L. De Graëve expose les relations entre la peine et le droit pénal sous la forme: « Dis – moi ce qu'est une sanction pénale, je te dirais ce qu'est le droit pénal »¹².

La peine contient trois éléments significatifs:

1. elle est toujours une souffrance – il faut apercevoir qu'incarcération emporte la diminution absolue de liberté, de biens, de services, de sécurité et surtout d'autonomie dans tous les aspects de la vie quotidienne¹³,
2. c'est un mal imposé par la société (une autorité publique),

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ G.. Rusche, *Marché du travail et régimes des peines, Contribution à la sociologie de la justice pénale*, Déviance et Société 1970, n°3, vol. 4, p. 215

¹¹ F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Paris 2002, n. 22.

¹² L. De Graëve, *op. cit.*, p. 62.

¹³ G.. Kellens, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège 1991, p. 19–20; R. Schmelck, G.. Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, éd. Cujas, Paris 1967, p. 63; R.H.Walters (ed.), *Punishment*, Penguin Books 1972, s.15; R.J. Gerber, P.D. McAnany, *The Philosophy of Punishment*, [in:] N. Johnston, L. Savitz, M.E. Wolfgang, *The Sociology of Punishment and Correction*, New York 1970, p. 351; E.H. Sutherland, D.R. Cressey, *Principes de criminologie*, Cujas, Paris 1966, p. 277.

3. la peine dans le sens objectif reste une sanction – elle est liée avec la désapprobation spéciale exprimée par certaines autorités et constitue la direction juste pour respecter des valeurs considérées comme fondamentales dans un ordre social à l’avenir¹⁴.

On peut distinguer deux grandes fonctions de la peine:

- fonction morale et
- fonction utilitaire¹⁵.

Dans la perspective morale la peine constitue une forme d’expiation, en outre elle doit correspondre au sentiment de justice véritable, satisfaction publique¹⁶. On peut constater que « Justice est faite » dans ce sens – là que le coupable est obligé de payer sa dette à la société¹⁷. Aujourd’hui cette fonction n’a pas obtenu le statut capital, et il faut marquer que leur importance a diminué successivement au fur et à mesure que le système de responsabilité morale laissait la place aux idées d’amendement du condamné¹⁸.

La fonction dominante de la peine est l’utilitarisme. Le but de pénalisation reste strictement simple, c’est d’empêcher le crime. La peine peut prévenir le crime surtout « en détournant ceux qui seraient

¹⁴ J. Carbonnier, *La peine décrochée du délit*, [in:] R. Legros (éd.), *Mélanges offerts*, éd. de l’Université de Bruxelles 1985, p. 24; M.A. Milan, J.M. McKee, *Behavior Modification: Principles and Applications in Corrections*, [in:] D. Glaser (ed.), *Handbook of Criminology*, Rand McNally, Chicago 1974, s.750

¹⁵ P. Bouzat, J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris 1970, t. I, p. 386; J. Pradel, *L’individualisation de la sanction; essai d’un bilan, à la veille d’un nouveau code pénal*, *Revue de science criminelle et de droit pénal*, 1977, p. 732; J. Prade, *Règles minima pour la mise à exécution des sanctions et des mesures non carcérales comportant une restriction de liberté*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1989, p. 155; R.E. Goodin, *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge 1995, p. 18; W. Kymlicka, *Les théories de la justice: une introduction*, Paris 1999, p. 13–14; P. Van Parijs, *Qu’est – ce qu’une société juste?*, Paris 1991, p. 27.

¹⁶ P. Garraud, M. Laborde-Lacoste, *Exposé méthodologique de droit pénal (Conforme au programme des examens de licence en droit)*, Paris 1942, s. 125.

¹⁷ P. Fauconnet, *La responsabilité. Étude de sociologie*, éd. Alcan, Paris 1928, p. 227.

¹⁸ P. Bouzat, J. Pinatel, *op. cit.*, s. 386–387; J. Pinatel, *L’élément légal de l’infraction devant la criminologie et les sciences de l’homme*, *Revue science criminelle*, 1967, p. 683; B. Bouloc, *Pénologie*, éd. Dalloz 2005, p. 6.

tentés d'imiter le coupable (prévention générale) et en empêchant le coupable de récidiver (prévention individuelle), soit qu'elle intimide, lui fasse peur, soit qu'elle le ramène au bien (amendement, correction), soit qu'elle en débarrasse la société par élimination »¹⁹. Alors la fonction utilitaire de la peine s'exercera aussi par le moyen d'une élimination²⁰. Le philosophe Fauconnet constate: « (...) l'utilité de la peine n'est pas essentiellement dans l'action qu'elle exerce sur les criminels, mais dans l'action qu'elle exerce sur la société elle – même »²¹. « La peine n'a pas de valeur en soi; elle est un moyen pour (...) voire la disparition de la délinquance. (...) L'utilité de la peine est sa raison d'être mais aussi sa limite et sa mesure »²².

Chaque peine doit être:

- 1) légale – introduite par la loi (exprimée *expressis verbis*) pour éliminer l'arbitrairisme, donne au juge la possibilité de l'individualiser sa nature, sa durée et sa quantité pour le délinquant,
- 2) égale – elle doit répondre au niveau social du délinquant, il faut qu'elle soit flexible et adaptée à l'individu (p.ex. l'amende qui est différente pour le pauvre et le riche),
- 3) personnelle (le principe de la personnalité des peines) – seulement le coupable est une personne qui doit supporter toutes les conséquences réelles de la peine (matérielles et/ou morales)²³, on peut apercevoir que le droit pénal classique est orienté pour rétribuer des responsabilités individuelles²⁴.

¹⁹ P. Garraud, M. Laborde-Lacoste, *op. cit.*, s.125

²⁰ Cette fonction est réalisée par l'ostracisme, l'exil, la privation de liberté; voir B. Bouloc, *Pénologie. Exécution des sanctions adultes et mineurs*, éd. Dalloz, Paris 1998, p. 9.

²¹ P. Fauconnet, *op. cit.*, p. 277.

²² P. Poncela, *Droit de la peine*, éd. Presses Universitaires de France 1995, p. 59; F. Grammatica, *La notion de « responsabilité » dans le système de défense sociale, Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. 2, éd. A. Pédone, Paris, p. 109–123.

²³ F. Lévy, *Revue pénitentiaire*, Paris 1899, p. 661; C.Śliwowski, *Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté*, Sirey 1939, p. 152.

²⁴ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel...*, p. 797.

Sanction pénale fonctionne dans trois approches:

- a) formelle – la sanction a le caractère pénal dans le cas où le législateur l'a insérée directement dans une structure de la disposition pénale; en réalité c'est la volonté de législateur qui détermine qualification une sanction comme la mesure pénale ou non²⁵,
- b) organique – comme le châtimeut prévu par la loi et infligé par le juge répressif à la personne reconnue coupable d'une infraction pénale²⁶; il faut souligner qu'infliger de la peine constitue toujours atteinte à la liberté personnelle, mais elle reste légitime en vertu de l'art. 66 de la Constitution²⁷,
- c) substantielle – c'est toujours une réaction sociale avec « les aspects matériels et moraux »²⁸, elle possède les éléments afflictifs et infamants; elle garde le caractère aussi punitif que retributif²⁹.

Classification des peines selon la gravité de l'infraction:

- les sanctions qui sont appliquées aux personnes physiques:
 1. sanctions criminelles – elles sont restrictives et consistent la privation de liberté; c'est une réclusion ou détention criminelle³⁰, à perpétuité ou à temps (30, 20 ou 15 ans au plus). En plus existe la peine d'amende; le juge possède la possibilité d'infliger une ou plusieurs peines (complémentaires) prévues par l'article 131 – 10 du C.P.,
 2. sanctions correctionnelles – elles sont encourues par les personnes physiques, très variées: emprisonnement dont le maximum peut

²⁵ *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, préface de B. Mallet-Bricout, éd. L'Hartman 2007, p. 64.

²⁶ F. Debove, F. Faletti, *op. cit.*, p. 192.

²⁷ Art. 66 Constitution: « (...) nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

²⁸ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, éd. Cujas, Paris, 1997, n° 655.

²⁹ « (...) comme des châtimeuts infligés au condamné en rétribution de l'infraction qu'il a commise et de résultat néfaste qui en découle ». Voir, P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Paris 2002, n° 76.

³⁰ B. Aubusson de Cavarlay, *Les lourdes peines dans la longue durée*, [in:] *Comment sanctionner le crime?*, éd. Ères 2002, p. 59; *Bilan des peines privatives de liberté*, [in:] *Réflexions sur l'efficacité de la sanction pénale*, éd. Hervé de Charette, Paris 2003, p. 7–26.

s'élever (selon le cas) à 10 ans, 7 ans, 5 ans, 3 ans, 2 ans, 1 an, 6 mois ou 2 mois au plus; l'amende – na peut être inférieur à 3 750 E – et le jour – amende; le stage de citoyenneté; le travail d'intérêt général; les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131 – 6 C.P.; les peines complémentaires prévues à l'article 131 – 10 C.P.,

3. sanctions contraventionnelles: l'amende (maximum dans le cas de récidive – 3000 E); les amendes policiers on peut classées en 5 catégories:

- 38 E au plus (les contraventions de la I^{ère} classe),
- 150 E au plus (les contraventions de la II^{ème} classe),
- 450 E au plus (les contraventions de la III^{ème} classe),
- 750 E au plus (les contraventions de la IV^{ème} classe),
- 1500 E au plus (les contraventions de la V^{ème} classe)³¹.

Sauf l'amende de police il y'a la possibilité de prononcer des peines privatives ou restrictives (art. 131 – 14 et 131 – 16 C.P.) qui restent les peines concurrentes pour les contraventions les plus graves (5^{ème} classe), éventuellement on peut sanctionner les contraventions par les peines complémentaires (art. 131 – 16 et 131 – 17 C.P.),

- sanctions qui sont appliquées aux personnes morales³².

³¹ Code Pénal, éd. LexisNexis, Litec, Paris 2010, p.78–79.

³² Art. 131 – 37 – Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont: 1^o l'amende; 2^o dans le cas prévus par la loi, les peines énumérées à l'article 131 – 39.; Art. 131 – 38 – Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction. Lorsqu'il sagit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à rencontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1000 000 E.; Art.131 – 39 – Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes: 1^o La dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il sagit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans détournée de son objet pour commettre les faits incriminés; 2^o L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales; 3^o Le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire; 4^o La fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés; 5^o L'exclusion des marchés

Classification des peines selon leur statut:

- la peine principale – elle est prévue par la loi pour criminaliser un comportement délinquant qui reste une infraction pénale et qui peut garder la nature criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle, (en matière criminelle: la réclusion criminelle et la détention criminelle – art.131 – 1; en matière correctionnelle: l’emprisonnement et l’amende – art.131 – 3),
- la peine alternative (peine de substitution)³³ – elle est prévue dans les dispositions de portée générale ou éventuellement peut être prononcée

publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus; 6° L’interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de « procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé »; 7° L’interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d’émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d’utiliser des cartes de paiement; 8° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l’infraction ou de la chose qui en est le produit; 9° L’affichage de la décision prononcée ou de la diffusion de celle – ci par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique; 10° La confiscation de l’animal ayant été utilisé pour commettre l’infraction ou à l’encontre duquel l’infraction a été commise; 11° L’interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal. Voir Code Pénal, éd. LexisNexis, Litec, Paris 2010, p. 93–94

³³ Les peines alternatives sont très nombreuses: Art.131 – 5 – Lorsqu’un délit est puni d’une peine d’emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine de jours – amende consistant pour le condamné à verser au Trésor une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d’une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jour. Le montant de chaque jour – amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de prévenu; il ne peut excéder (Montant rempl., L. n° 2004 – 204, 9 mars 2004) « 1000E ». Le nombre de jours – amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l’infraction; il ne peut excéder trois cent soixante. Art. 131 – 5 – 1 (L. n° 2004 – 204, 9 mars 2004) Lorsqu’un délit est puni d’une peine d’emprisonnement, la juridiction peut, à la place de l’emprisonnement, prescrire que le condamné devra accomplir un stage de citoyenneté, dont les modalités, la durée et le contenu sont fixés par décret en Conseil d’État, et qui a pour objet de lui rappeler les valeurs républicaines de tolérance et de respect de la dignité humaine sur lesquelles est fondée la société. La juridiction précise si ce stage, dont le coût ne peut excéder celui des amendes contraventionnelles de la troisième classe, doit être effectué aux frais du condamné. Cette peine ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou n’est pas présent à l’audience. Art. 131 – 6 (Mod., L. n° 92- 1336, 16 déc. 1992; L. n° 2003 – 495, 12 juin 2003; L. n° 2004 – 204, 9 mars 2004). Lorsqu’un délit est puni d’une

peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place de l'emprisonnement, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de liberté suivantes; 1° La suspension, pour une durée de cinq ans ou au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État, à la conduite en dehors de l'activité professionnelle; cette limitation n'est toutefois pas possible en cas de délit pour lequel la suspension du permis de conduire, encourue à titre de peine complémentaire, ne peut être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle; 2° L'interdiction de conduire certains véhicules pendant une durée de cinq ans au plus; 3° L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus; 4° La confiscation d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné; 5° L'immobilisation, pour une durée d'un an au plus, d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État; 6° L'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation; 7° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition; 8° Le retrait du permis de chasser avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus; 9° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et d'utiliser des cartes de paiement; 10° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Toutefois, cette confiscation ne peut pas être prononcée en matière de délit de presse; 11° L'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'exercer une activité professionnelle ou sociale dès lors que les facilités que procure cette activité ont été sciemment utilisées pour préparer ou commettre l'infraction. Cette interdiction n'est toutefois pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales. Elle n'est pas non applicable en matière de délit de presse; 12° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, de paraître dans certains lieux ou catégories de lieux déterminés par la juridiction et dans lesquels l'infraction a été commise; 13° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, de fréquenter certains condamnés spécialement désignés par la juridiction, notamment les auteurs ou complices de l'infraction; 14° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'entrer en relation avec certaines personnes spécialement désignées par la juridiction, notamment la victime de l'infraction; 15° (L. n° 2008 – 776, 4 août 2008) L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Art. 131 – 8 (Mod., L. n° 2004 – 204, 9 mars 2004; L. n° 2007 – 297, 5 mars 2007) – Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prescrire, à la place de l'emprisonnement, que le condamné accomplira, pour une durée de quarante à deux cent dix heures, un travail d'intérêt général non rémunéré soit d'une personne morale de droit public, soit

par un juge pour remplacer l'une des peines principales³⁴; il n'y a pas la possibilité de l'encourir toute seule; elle est introduite dans le droit français par la loi du 17 juillet 1970,
– les peines complémentaires³⁵ – sont appliquées pour chaque infraction, spécialement prévues par la loi; elles restent complémentaires aux

d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées à mettre en oeuvre des travaux d'intérêt général. La peine de travail d'intérêt général ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou qui n'est pas présent à l'audience. Le président du tribunal, avant le prononcé du jugement, informe le prévenu de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail d'intérêt général et reçoit sa réponse. Art.131 – 14 – Pour toutes les contraventions de la 5ème classe, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de droits suivantes peuvent être prononcées: 1° La suspension, pour une durée d'un an au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle (L.n° 2003 – 495, 12 juin 2003), cette limitation n'est toutefois pas possible en cas de contravention pour laquelle la suspension du permis de conduire, encourue à titre de peine complémentaire, ne peut pas être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle; 2° L'immobilisation, pour une durée de six mois au plus, d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné; 3° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition; 4° Le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant un an au plus; 5° L'interdiction, pour une durée d'un an au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et d'utiliser des cartes de paiement; 6° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Toutefois, cette confiscation ne peut pas être prononcée en matière de délit de presse. Art.131 – 42 Pour toutes les contraventions de la 5ème classe, la peine d'amende peut être remplacée par une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de droits suivantes: 1° L'interdiction, pour une durée d'un an au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement; 2° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Voir, Code Pénal, éd. LexisNexis, Litec, Paris 2010, p. 73–76, 79, 94

³⁴ Art. 132 – 17 dispose: « Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée ». Voir, Code Pénal, éd. LexisNexis, Litec, Paris 2010, s. 109.

³⁵ C'est une liste non exhaustive des peines complémentaires: Art. 131 – 10 C.P. (L. n° 98 – 468, 17 juin 1998) – Lorsque la loi prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, (L. n° 2007

peines principales; elles peuvent être prononcées cumulativement avec les peines principales³⁶, les peines complémentaires sont laissées à la libre appréciation du juge, il décide s'il y a la nécessité pour les prononcer ou pas³⁷.

– 297, 5 mars 2007) confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle – ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique. Art. 131 – 16 C.P. (Mod., L. n° 2003 – 495, 12 juin 2003; L. n° 2004 – 204, 9 mars 2004; L. n° 2007 – 297, 5 mars 2007) – Le règlement qui réprime une contravention peut prévoir, lorsque le coupable est une personne physique, une ou plusieurs des peines complémentaires suivantes: 1° La suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle sauf si le règlement exclut expressément cette limitation; 2° L'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de trois ans ou plus, une arme soumise à autorisation; 3° La confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition; 4° Le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans ou plus; 5° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit; 6° L'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur, y compris ceux pour la conduite desquels le permis de conduire n'est pas exigé, pour une durée de trois ans ou plus; 7° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière; 8° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à ses frais, un stage de citoyenneté; 9° L'obligation d'accomplir, à ses frais, un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131 – 35 – 1; 10° La confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise; 11° L'interdiction, pour une durée de trois ans ou plus, de détenir un animal. Voir Code Pénal, éd. LexisNexis, Litec, Paris 2010, p.77, 79–80

³⁶ On peut prononcer la peine complémentaire seulement dans le cas si le texte spécial le prévoit: F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, éd. Economica, Paris 2009, p. 721; Ass. Plén., 24 avril 2003, AJ pénal, n 3/2003, Crim., 2 septembre 2004, AJ pénal, n 11/2004, obs. J.Leblois – Happe: Crim., 24 janvier 2006, AJ pénal, n 3/2006, p. 121; Cons. Const., déc. n 99–410 DC du 15 mars 1999, JO du 21 mars 1999, Dr. pén., 1999, comm. n68, obs. J.-H. Robert, et D., 2000, somm, p.116, obs. G.Roujou de Boubée; CA Versailles, 1 décembre 2004, AJDA 2005, p.435, note J.-Y. Vincent; AJ pénal, n 5/2005, p.197, obs. M. Segonds.

³⁷ F. Debove, F. Faletti, *op. cit.*, p. 198.

Tableau I. Présentation simplifiée des combinaisons possibles entre peines principales, alternatives et complémentaires³⁸

	Peines principales (PP)	Peines alternatives (PA)	Peines complémentaires (PC)
Peines principale (PP)	Cumul possible	Cumul impossible entre les PA et les PP qu'elles remplacent (131 – 9, 131 – 15)	Cumul possible sauf si PC prononcées à titre principal (131 – 11, 131 – 18, 131 – 44)
Peines alternatives (PA)	Cumul impossible entre les PA et les PP qu'elle rempalcent (131 – 9, 131 – 15)	Cumul impossible (131 – 9)	Cumul possible sauf si PC prononcées à titre principal (131 – 11, 131 – 18, 131 – 44)
Peines complémentaires (PC)	Cumul possible sauf si PC prononcée à titre principal (131 – 11, 131 – 18, 131 – 44)	Cumul possible sauf si PC prononcée à titre principal (131 – 11, 131 – 18, 131 – 44)	Cumul possible

Tableau II. Les principales prescriptions de peine³⁹

Infraction	Durée	Texte
Contraventions en matière de droit de la presse	3 ans	C. pén., 133 – 4
Contraventions (droit commun)	3 ans	C. pén., art. 133 – 4
Délits (droits commun)	5 ans	C. pén., art.133 – 3
Délits de presse (Loi de 1881)	5 ans	C. pén., art.133 – 3
Délits en matière électorale	5 ans	C. pén., art.133 – 3
Délits sexuels sur mineur	5 ans	C. pén., art. 133 – 3
Délits en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants	20 ans	C. pr.pén., art.706 – 25 – 1, 706 – 31

³⁸ Tableau no. 2 in: F. Debove, F. Falletti, *op. cit.*, p. 232.

³⁹ B. Lavielle, M. Janas, X. Lameyre, *Le guide des peines. Personnes physiques et morales prononcé. Exécution Application. Extinction*, éd. Dalloz, Paris 2008, p. 483.

Infraction	Durée	Texte
Crimes (droit commun)	20 ans	C. pén., art.133 – 2
Crimes sexuels	20 ans	C. pén., art.133 – 2
Crimes en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants	30 ans	C. pr.pén., art.706 – 25 – 1, 706 – 31
Crimes contre l'humanité	impres – criptibles	C. pén., art.213 – 5

La sanction pénal reste l'un des éléments constructifs de droit pénal, mais dans le moment où il faut donner la définition stricte et fondamentale « (...) la sanction reste une belle inconnue »⁴⁰, on peut apercevoir qu'en réalité il y a beaucoup de difficultés avec les éléments stables de définition, c'est pourquoi elle regroupe finalement « (...) un ensemble de mesures hétérogènes à finalités diverses »⁴¹.

⁴⁰ P. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue de droit*, D. 1986, chr. 32, p. 197.

⁴¹ *La sanction. Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3...*, p. 79

Osoba pełniąca funkcję publiczną jako podmiot przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu

1. Zarys problematyki

Przyznanie określonej klasie podmiotów statusu osób pełniących funkcję publiczną w płaszczyźnie prawa karnego implikuje doniosłe konsekwencje prawne. Od treści nazwy „osoba pełniąca funkcję publiczną”, a także zakresowo węższej – „funkcjonariusz publiczny” oraz „związane z nimi kompetencje”, stanowiące znamiona niemal wszystkich przestępstw zawartych w rozdziale XXIX Kodeksu karnego, zależy bowiem zakres ochrony karnej udzielanej jego przepisami działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. Wyraźne sprecyzowanie zakresu znaczeniowego tej kategorii podmiotów ma także doniosłe znaczenie dla określenia sprawcy przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu. Co prawda, samo sformułowanie „osoba pełniąca funkcję publiczną” nie pojawia się *explicite* w treści odpowiednich przepisów rozdziału XXXVI k.k., to jednak w rzeczywistości gospodarce panującej w Polsce trzeba być świadomy fakt, że stosunkowo liczni przedstawiciele szeroko rozumianych jednostek organizacyjnych państwa lub samorządu terytorialnego reprezentują ich interesy, jako podmiotów gospodarczych, uprawiających zarobkową działalność gospodarczą – często obok wykonywanych funkcji władczych.

Uznanie ich za osoby pełniące funkcję publiczną stwarza otwarte pole dla konkurencji między przepisami art. 231 k.k. (nadużycie władzy przez funkcjonariusza publicznego) a art. 296 k.k. (nadużycie zaufania) oraz art. 228 k.k. (sprzedajność osoby pełniącej funkcję publiczną) a art. 296a k.k. (sprzedajność menedżera).

W tej sytuacji wydaje się konieczne przedstawienie reguły, na podstawie której możliwe byłoby uznanie, czy określony czyn zabroniony stanowi zamach na prawidłowe funkcjonowanie i autorytet instytucji o charakterze publicznym, czy też godzi w zasady prawidłowego obrotu gospodarczego. Należy też poddać pod rozagę możliwość kumulatywnej kwalifikacji prawnej. Na płaszczyźnie dogmatyczno-karnoprawnej chodziłoby tutaj o rekonstrukcję realizacji przez sprawcę, któremu przysługuje przymiot osoby pełniącej funkcję publiczną, znamion przedmiotu ochrony – tj. stwierdzenie, jakie dobro prawne naruszył swoim zachowaniem. Jest to o tyle istotne, iż z reguły szczególnie złożona treść przepisów określających przestępstwa gospodarcze sprawia, że wyjaśnienie ich znaczenia nie jest możliwe wyłącznie na podstawie wykładni językowej. Zachodzi tutaj konieczność stosowania wykładni funkcjonalnej, której zasady bezpośrednio opierają się na charakterze karnoprawnie chronionego dobra¹. Próba rekonstrukcji wskazanej reguły powinna być połączona z dogłębną analizą pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” oraz wykładnią znamion konstruujących poszczególne typy przestępstw przeciw obrotowi gospodarczemu dokonaną z uwzględnieniem okoliczności, że osoba pełniącą funkcję publiczną może wykonywać swoje kompetencje w różnych sferach (publicznej, gospodarczej) działalności państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.

2. Pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną

Dla sprecyzowania podmiotów, które mogą być określane jako „osoba pełniąca funkcję publiczną”, należy skupić się na treści art. 115 § 19 k.k., który zawiera definicję legalną tego terminu. Jest to definicja zakresowa (nieklasyczna). Jest to jednocześnie z założenia – o czym przesądza jej stylizacja – definicja pełna, gdyż w jej definiensie wymienia się wszystkie elementy zakresu definiowanego pojęcia. Oznacza to, że osobami pełniącymi funkcję publiczną są w rozumieniu przepisów kodeksu tylko te, które należą do którejsz z czterech grup podmiotów

¹ I. Adrejew (*Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 91–95) wskazuje, że przedmiot ochrony wskazuje ideę przewodnią przepisu karnego.

wymienionych w art. 115 § 19. Nie jest to natomiast definicja jasna, gdyż określenia użyte na oznaczenie poszczególnych elementów zakresu definiowanego pojęcia dają podstawy do różnorodnych interpretacji². Wątpliwości pojawiają się zwłaszcza przy wymienieniu osób przynależnych do kategorii zatrudnionych w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi oraz tych, którym przysługuje status funkcjonariusza publicznego na podstawie art. 115 § 13 pkt 4 i 6.

Z pewnym niepokojem można zaobserwować stosunkowo spójną linię orzecznictwa, polegającą na rozszerzeniu sfery osób zakwalifikowanych do kategorii pełniących funkcję publiczną na członka zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa oraz na dyrektora przedsiębiorstwa państwowego. W szeregu judykatów wydanych na przestrzeni kilkunastu lat Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „nowe warunki ustrojowe państwa polskiego nie stoją na przeszkodzie uznania za osobę pełniącą funkcję publiczną prezesa zarządu banku w formie spółki akcyjnej, w której Skarb Państwa miał jakiegokolwiek udziały”³ oraz że charakter funkcji publicznej przyznać należy osobie zatrudnionej u przewoźnika, utworzonego w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której jedynym udziałowcem była jednostka samorządu terytorialnego⁴.

Równie kategoryczne w swoich wypowiedziach okazały się sądy apelacyjne. I tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 12 marca 2008 r. wskazał, iż „nie ma najmniejszych przeszkód do tego, aby uznać za osobę pełniącą funkcje publiczne bankowca zatrudnionego w prywatnym banku (...) który w ramach swojej działalności kredytowej dysponuje w istocie rzeczy środkami publicznymi, a to z tego powodu, że większościovym udziałowcem tego banku jest państwowa osoba prawna”⁵. W wymienionym wyroku jako kwantyfikatory funkcji publicznej wskazano:

² M. Filar, *Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k.*, Palestra 2003, z. 7–8.

³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 1995 r., I KZP 6/95, OSNKW 1995, z. 7–8, poz. 41.

⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r., IV KK 265/02, OSNKW 2004, z. 2, poz. 17.

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 marca 2008 r., II Aka 356/07, Prokuratura i Prawo 2009, nr 2, s. 28.

- dysponowanie środkami publicznymi, a to z tego powodu, że większościami udziałowcem tego banku jest państwowa osoba prawna, a choć bank ten jest bankiem prywatnym, to jednak stanowi spółkę akcyjną, której udziałowcem był i jest obecnie Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej – państwowa osoba prawna;
- pełnienie kierowniczego stanowiska mającego istotny wpływ na dysponowanie środkami publicznymi.

Ponadto w uzasadnieniu wyroku powołano się na pogląd prawny wyrażony w orzecznictwie, zgodnie z którym spółki kapitałowe akcyjne, w których udziałowcem jest państwo, są instytucjami państwowymi w rozumieniu art. 120 § 12 d.k.k., a ich mienie korzysta z ochrony prawnej jako mienie społeczne⁶. Jednocześnie w omawianym judykacie przyjęto, że użyte w w/w uchwale określenie „państwo” oznacza zarówno mienie Skarbu Państwa, jak i mienie państwowych osób prawnych. Sąd Apelacyjny zatem uznał, że spółki kapitałowe akcyjne, w których udziałowcem jest państwo, są instytucjami państwowymi, a przy tym zdefiniował dysponowanie środkami publicznymi jako dysponowanie mieniem publicznym przekazanym spółce prawa handlowego w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

Z kolei Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 6 października 2005 r. wywiódł, że „środki publiczne, którymi dysponuje przedsiębiorstwo państwowe, to przede wszystkim ta immanentna część majątku narodowego, która przekazana jest przedsiębiorstwu przez organ założycielski i mienie nabyte w trakcie działania przedsiębiorstwa, ale także środki publiczne, z których przedsiębiorstwo to korzysta z różnych innych tytułów”⁷. W konsekwencji sąd ten stwierdził, że osoba pełniąca funkcję publiczną to – poza funkcjonariuszem publicznym i pozostałymi podmiotami wskazanymi w § 19 art. 115 k.k. – także taka osoba, która jest zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, w tym zwłaszcza takiej, która zarządza majątkiem publicznym, z wyjątkiem tych osób, które w takiej jednostce pełnią wyłącznie czynności usługowe.

⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1993 r., I KZP 18/93.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 października 2005 r., II Aka 195/05, OSA 2006, nr 1, poz. 2.

Na odmiennym biegunie stanęła natomiast doktryna, gdzie przeważają głosy sprzeciwiające się zaliczeniu *in genere* do katalogu osób pełniących funkcje publiczną nie tylko członka zarządu jednoosobowej Spółki Skarbu Państwa, lecz również dyrektora przedsiębiorstwa państwowego⁸. Głównym argumentem dla oponentów przyjętego w orzecznictwie stanowiska jest okoliczność, że mienie Skarbu Państwa przekazane do dyspozycji przedsiębiorstwa państwowego oraz mienie Skarbu Państwa stanowiące kapitał zakładowy spółki z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego nie wchodzi w zakres definicji legalnej „środki publiczne” określonej w ustawach o finansach publicznych (art. 3 ustawy z 26 listopada 1998 r., art. 5 ustawy z 30 czerwca 2005 r., art. 5 ustawy z 27 sierpnia 2009 r.). Ponadto z kategorii jednostek sektora finansów publicznych wyłączone są przedsiębiorstwa, banki i spółki prawa handlowego.

Ze stanowiskiem wyżej zaprezentowanym zgadzają się autorzy niniejszego opracowania. Oceniając normatywny skutek wprowadzenia nowelą z 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 28 czerwca 2003 r. Nr 111 poz. 1061) w art. 115 § 19 definicji ustawowej pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” należy zwrócić uwagę na dwa elementy.

Po pierwsze, zamieszczenie w tzw. słowniczku wyrażeń ustawowych obowiązującej w obszarze prawa karnego definicji tego terminu sprawia, że odrywa się ona od regulacji i sformułowań zawartych w innych ustawach, a tym samym dezaktualizować się muszą stwierdzenia odwołujące się do katalogu podmiotów wymienionych w ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Możliwość powołania uregulowań innych aktów prawnych dla interpretacji analizowanego pojęcia pojawia się jedynie wobec konieczności bliższego sprecyzowania sformułowania „dysponowanie środkami publicznymi”.

⁸ Zob. P. Kardas, *Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”*. Rozważania na tle modeli interpretacyjnych prezentowanych w piśmiennictwie karnistycznym oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2005, z. 1, s. 37–38; J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2008.

W tym zakresie konieczne staje się odwołanie do ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jako aktu podstawowego w tej materii. Jedna z dyrektyw wykładni językowej przyjmuje bowiem, że jeśli jakieś pojęcie jest zdefiniowane w przepisach prawnych to wówczas ustawodawca posługuje się nim konsekwentnie we wszystkich gałęziach prawa w tym właśnie znaczeniu⁹. Przepis art. 5 u.f.p. zawiera definicję legalną pojęcia „środki publiczne”. W jej zakresie nie mieści się mienie Skarbu Państwa przekazane do dyspozycji przedsiębiorstwa państwowego oraz stanowiące kapitał zakładowy spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa. Nie można zatem podzielić poglądu wyrażonego przez O. Górniok, która stwierdziła, że termin „środki publiczne” może być w kontekście prawa karnego modyfikowany ze względu na zadania, jakie w nim pełni, oraz że obejmuje on zarówno środki o takim charakterze wchodzące w skład majątku danej jednostki, jak i wszelkie inne środki publiczne, z których jednostka ta z różnych tytułów korzysta¹⁰. Taka interpretacja, pomimo swojej oryginalności, pozostaje w całkowitym oderwaniu od realiów obowiązującego prawa i zasad wykładni jego norm. Za nadaniem pojęciu „środki publiczne” na gruncie prawa karnego rozumienia zgodnego z definicją zawartą w u.f.p. przemawia argument o konieczności zapewnienia spójności całemu systemowi prawnemu. Kodeks karny nie wypracował własnej definicji w tym zakresie. Należy zatem poszukać jej w innych aktach prawnych. Biorąc pod uwagę fakt, że zarówno kodeks karny, jak i ustawa o finansach publicznych należą do prawa publicznego, powołanie tej ostatniej dla wyjaśnienia terminu „środki publiczne” wydaje się tym bardziej uzasadnione. Ponadto cechą prawa karnego jest jego subsydiarność wobec innych gałęzi prawa. Stosowanie zatem definicji zawartych w przepisach prawa finansowego jest nie tylko możliwe, ale z uwagi na powołaną zasadę wręcz konieczne. Należy przy tym zwrócić uwagę, że rozszerzająca wykładnia zaproponowana przez O. Górniok pozostaje w opozycji do założeń, na których opiera się Kodeks karny. A. Zoll wyjaśnia, iż „ich zmiana w stosunku do okresu poprze-

⁹ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 116.

¹⁰ O. Górniok, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 393.

dzającego 1989 r. polega w dużym stopniu na zmianie postrzegania państwa i jego agend. Na pierwszy plan wysunięta została służebna funkcja państwa w stosunku do jego obywateli (...) Nie ma powodu, ażeby na równi z instytucjami państwowymi chronić przedsiębiorstwa państwowe, spółdzielnie lub organizacje społeczne. Kodeks wyraźnie oddziela od siebie sferę władzy publicznej i sferę gospodarczą”¹¹.

Po drugie, elementem konstytutywnym pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” jest w świetle art. 115 § 19 zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, nie zaś zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym. Dysponowanie środkami publicznymi należy przy tym rozumieć jako możliwość decydowania o przeznaczeniu tych środków oraz sposobie ich wykorzystywaniu w zakresie realizacji celów (zadań) publicznych, na finansowanie których środki te zostały przeznaczone lub administrowanie (zarządzanie) tymi środkami, w tym w szczególności redystrybucję (rozdysponowywanie) tych środków. Zatem brak jest – co do zasady – podstaw do uznania, że osoba zatrudniona w spółce handlowej z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego albo też w przedsiębiorstwie państwowym spełnia kryteria umożliwiające uznanie ją za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Wymogi te są spełnione natomiast w wypadkach, gdy taka spółka lub przedsiębiorstwo otrzymuje dotacje pochodzące ze środków publicznych i służące do realizacji celu publicznego określonego w przepisach prawa publicznego.

Należy w tym miejscu nadmienić, że osoby pełniące funkcję kierowniczą w podmiotach, za których pośrednictwem państwo (jako Skarb Państwa) lub jednostka samorządu terytorialnego prowadzi działalność gospodarczą nie mogą być również traktowane jako funkcjonariusze publiczni na podstawie art. 115 § 13 pkt 4 i 6 k.k.¹² Przepisy te wiążą status funkcjonariusza publicznego z: zatrudnieniem w organie administracji rządowej, innym organie państwowym lub samorządu terytorialnego oraz zajmowaniem stanowiska kierowniczego w innej

¹¹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do kodeksu karnego*, t. 2, Kraków 1999, s. 706.

¹² Odmienne M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 46; skoro zalicza on do kręgu funkcjonariuszy publicznych dyrektora przedsiębiorstwa państwowego.

instytucji państwowej. O ile dwa pierwszy zwrot nie budzi większych wątpliwości interpretacyjnych, o tyle już wyjaśnienie pozostałych wymaga uczynienia kilku uwag. Po pierwsze, pojęcie „organ państwowy” jest zakresowo węższe od pojęcia „instytucja państwowa”, jak i od pojęcia „państwowa jednostka organizacyjna”¹³. Stwierdzenie to wymaga zdecydowanego podkreślenia, gdyż w niektórych orzeczeniach sądów powszechnych, a nawet Sądu Najwyższego można dostrzec skłonność do nieuprawnionego „poszerzenia” zakresu wspomnianego terminu. Dla przykładu w uzasadnieniu wyroku z 18 maja 2004 r. Sąd Najwyższy założył, iż Polskie Koleje Państwowe są organem, o którym mowa w art. 115 § 13 pkt 4¹⁴. Organem państwowym, najogólniej określając, są osoby albo grupy osób powoływane na mocy prawa publicznego do wykonywania w danym państwie działań o charakterze władczym. Podstawą działań o takim charakterze jest stosunek zależności, podporządkowania państwu, na podstawie prawa publicznego, podmiotów do których odnosi się jego władza. Po drugie, termin „instytucja państwowa” jest węższy od terminu „państwowa jednostka organizacyjna”. Nie obejmuje on bowiem podmiotów, za których pośrednictwem państwo lub jednostki samorządu terytorialnego wykonują działalność gospodarczą. Warunkiem potraktowania danego podmiotu za instytucję państwową jest to, by realizowała ona określone funkcje władcze państwa.

W kontekście przedstawionych powyżej uwag można dojść do wniosku, że ustawowe kryteria przyjęte dla sprecyzowania kręgu desygnatów pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” nie są na tyle ostre, aby zagwarantować założone przez ustawodawcę cele – w szczególności zaś te, które związane są z wprowadzeniem na tyle precyzyjnej definicji, aby można było jednoznacznie określić sytuacje, w których dochodzi do naruszenia norm z rozdziału XIX k.k. J. Skorupka słusznie zwrócił uwagę, że owo pojęcie „nie łączy terminu »osoba pełniąca funkcję publiczną« z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę

¹³ J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, s. 1218.

¹⁴ WK 10/04, OSNKW 2004, z. 7–8, poz. 71.

i nie wymaga, aby czynności te miały charakter władczy”¹⁵. Taka konstrukcja normatywna powoduje, że odniesienie definicji z § 19 art. 115 do konkretnych przypadków pojawiających w praktyce niesie za sobą wiele wątpliwości. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której osoba zatrudniona na stanowisku kierowniczym w spółce dysponującej środkami publicznymi i prowadzącej działalność gospodarczą przyjmuje korzyść osobistą lub majątkową albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej spółce szkodę albo za niedopuszczalną czynność preferencyjną. Niewątpliwie zachowanie to może być kwalifikowane jako podpadające pod przepis art. 228 § 1 k.k. (przyjęcie łapówki w związku z pełnieniem funkcji publicznej polegającej na dysponowaniu środkami publicznymi) oraz pod przepis art. 296a k.k. (penalizujący tzw. korupcję gospodarczą). Jak już bowiem zostało dostrzeżone, art. 115 § 19 pozwala na przyjęcie, że dla uzyskania przyniosu publiczności funkcji wystarczy jedynie samo zatrudnienie w jednostce dysponującej środkami publicznymi. Nieistotna jest przy tym forma czy rodzaj działalności jednostki organizacyjnej, w której funkcje publiczne są pełnione. Może nią być nie tylko organ czy instytucja, ale wszystkie jednostki organizacyjne w tym uprawiające wyłącznie działalność gospodarczą, jeśli tylko dysponują środkami publicznymi. Z drugiej strony art. 296a k.k. nie zawęża zakresu jednostek organizacyjnych, prowadzących działalność gospodarczą z uwagi na źródło pochodzenia kapitału zakładowego (majątek prywatny, samorządowy czy też państwowy).

Podobne trudności rodzi sytuacja, w której funkcjonariusz publiczny zatrudniony w jednostce organizacyjnej, która oprócz realizowania zadań publicznych wykonuje także działalność na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przekracza swoje uprawnienia lub nie dopełnia obowiązku. Tym razem w grę wchodzi przepisy art. 231 k.k. (nadużycie władzy przez funkcjonariusza publicznego) i 296 k.k. (nadużycie zaufania).

Konieczne zatem – z teoretycznego i praktycznego punktu widzenia – staje się rozgraniczenie ich zakresu zastosowania.

¹⁵ J. Skorupka, *Glosa do uchwały SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 35/01*, OSP 2003, nr 1, poz. 7 K.

3. Przepięstwo nadużycia zaufania

Przepięstwo nadużycia zaufania naleŹy do grupy przepięstw gospodarczych. Zawarte jest ono w XXXVI rozdziale Kodeksu karnego, zatytułowanym „Przepięstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Tytuł tego rozdziału moŹe wskazywać, Źe dobrem chronionym jest tutaj obrót gospodarczy. JednakŹe „obróć gospodarczy” to pojęcie ogólne i niebędać wartością samą w sobie¹⁶. Dlatego uznać naleŹy, Źe art. 296 k.k. chroni zasady prawidłowego obrotu gospodarczego, nadajac prawnokarną ochronę ponadindywidualnym interesom gospodarczym społeczeństwa¹⁷.

Określajac indywidualny przedmiot ochrony art. 296 k.k. naleŹy zwrócić uwagę na jego ściśle powiązanie z treścią przepisu. Kryminalizuje on wyrządzenie znacznej szkody majątkowej w związku z nadużyciem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków w zakresie zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą podmiotu gospodarczego, którym moŹe być „osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna”. Dobrem prawnym, w zakresie indywidualnej ochrony są zatem majątkowe interesy podmiotu gospodarczego, w tym także podmiotów publicznych, jeŹeli występują one w takiej roli. Skupienie uwagi na przedmiocie ochrony jest uzasadnione faktem, Źe pełni on funkcję reguły interpretacyjnej, na podstawie której dokonywana jest wykładnia pozostałych znamion analizowanego przepięstwa. Dzięki niemu uzyskują one specyficzną cechę, pozwalającą na powiązanie ich z obrotem gospodarczym w taki sposób, Źe z jednej strony chronią ten obrót, a z drugiej zachowują zasadę określoności przepisu karnego (*nullum crimen sine lege certa*)¹⁸. W dalszej konsekwencji wyraŹne sprecyzowanie przedmiotu ochrony umoŹliwia rozpatrywanie zachowania się sprawcy w kontekście właściwego przepisu, to jest takiego, którego znamiona zostały faktycznie wyczerpane.

¹⁶ R. Zawłocki, *Przepięstwo niegospodarności. Przesłanki i elementy odpowiedzialności karnej z art. 296 k.k.*, Monitor Prawniczy, 2002, nr 21, s. 983.

¹⁷ P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2008.

¹⁸ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 983.

Zakres ochrony, jaki statuuje analizowane uregulowanie, nie jest jednak tak oczywisty, jak to się może *prima facie* wydawać. W art. 296 k.k. posłużono się bowiem pojęciem „zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”. Fragment ten dla przedstawicieli prawa karnego jest źródłem odmiennych interpretacji. Wskazuje się bowiem, że użycie spójnika „lub” może wskazywać na szerszy zakres ochrony na podstawie tego przepisu, nieograniczony wyłącznie do zapewnienia ochrony interesom przedsiębiorstw oraz ich właścicieli. Z drugiej zaś strony fakt umieszczenia art. 296 k.k. wśród przepisów grupujących przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu może sugerować ograniczenie jego zakresu zastosowania wyłącznie do ochrony interesów majątkowych profesjonalnych podmiotów, tzn. takich, które w ogólnym ujęciu prowadzą działalność gospodarczą. Ten ostatni pogląd wspiera dodatkowo fakt, że w poprzednich kodeksach karnych przestępstwo nadużycia zaufania znajdowało się w rozdziale „Przestępstwa przeciwko mieniu”, a obecny przepis znajduje się w rozdziale „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Ponadto istnienie specjalnej regulacji karnoprawnej, stawiającej sobie za cel zapewnienie prawidłowych relacji między menedżerami (osobami zajmującymi się zawodowo zarządzaniem przedsiębiorstwem lub jego częścią), a właścicielami wymusza rzeczywistość gospodarcza. Częściej bowiem można zaobserwować zjawisko polegające na tym, że w związku z koniecznością profesjonalnego zarządzania właściciel przedsiębiorstwa jest zastępowany przez menedżera. Sam funktor „lub” może być natomiast traktowany jako odnoszący się do treści obowiązku sprawcy, a nie do typu podmiotu pokrzywdzonego. Obowiązek ten dotyczy przede wszystkim „zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”. W świetle powyższego między zakresami pojęć „sprawy majątkowe” i „działalność gospodarcza” zachodzi stosunek zawierania się. Sprawy majątkowe podmiotu gospodarczego nie muszą bowiem odnosić się do czynności gospodarczych *sensu stricto*. Ich przedmiotem są dowolne czynności, które dotyczą majątku pokrzywdzonego. Zajmowanie się sprawami majątkowymi będzie obejmowało cały wachlarz działań faktycznych i prawnych dotyczących majątku mandanta, wyrażający się przede wszystkim w: wydawaniu dyspozycji związanych z bieżącym wykonywaniem praw

majątkowych przysługujących mocodawcy, podejmowaniem decyzji majątkowych, których skutki mogą lub mają wystąpić w przyszłości, zawieraniu odpowiednich czynności prawnych w imieniu mocodawcy¹⁹, wpływaniu na rozstrzygnięcie lub udzieleniu rady²⁰.

Powszechnie przyjmuje się, że na pojęcie „zajmowanie się sprawami majątkowymi” składają się dwa elementy, które muszą wstąpić łącznie: statyczny – przejawiający się w dbałości o zachowanie mienia oraz ochronie przed uszczerbkiem, oraz dynamiczny, który oznacza takie gospodarowanie, aby wartość powierzonego mienia wzrosła²¹. Dlatego też osoba, która ma za zadanie jedynie dbać o to, aby stan powierzonego jej mienia nie uległ pogorszeniu, nie jest osobą posiadającą walor osoby zajmującej się sprawami majątkowymi.

Obok zajmowania się sprawami majątkowymi przedmiotem kompetencji sprawcy przestępstwa z art. 296 k.k. może być jeszcze zajmowanie się działalnością gospodarczą innych podmiotów. Zgodnie z dominującym w piśmiennictwie stanowiskiem pojęcie „działalności gospodarczej” rozumiane jest zgodnie z definicją zawartą w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej²². W jej ujęciu immanentną cechą działalności gospodarczej jest wykonywanie jej w sposób zorganizowany i ciągły. Ciągłość jest rozumiana jako pewna powtarzalność, regularność aktów gospodarczych²³. Natomiast zorganizowanie działalności gospodarczej będzie się przejawiało w dwóch płaszczyznach: podjęcia czynności legalizujących działalność poprzez dokonanie zgłoszeń do odpowiednich organów oraz z drugiej strony, na prowadzeniu jej przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 55¹ k.c.²⁴

¹⁹ J. Skorupka, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2001 r.*, I KZP 7/01, OSP 2002, z. 1, poz. 23.

²⁰ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 580.

²¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 55.

²² Por. J. Skorupka, *Prawo...*, s. 77; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 551–552.

²³ M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej na tle nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Przegląd Sądowy, 2005, nr 2, s. 56.

²⁴ *Ibidem*, s. 48–49.

Ponadto konieczne jest, aby działalność ta miała charakter zarobkowy. Pojęcie to należy rozumieć nie jako uzyskiwanie zarobku w rzeczywistości, ale jako towarzyszący prowadzącemu działalność zamiar, aby zysk wystąpił²⁵. Parokrotnie Sąd Najwyższy na tle przepisów prawa cywilnego wyrażał jednak pogląd, że działalność gospodarcza nie musi być nastawiona na osiągnięcie zysku, wystarczy bowiem, że jest ona oparta na zasadzie racjonalnego gospodarowania. W uchwale z 6 grudnia 1991 r.²⁶ stwierdzono, że „podstawową zasadą, której powinna być podporządkowana wszelka działalność gospodarcza, jest zasada racjonalnego gospodarowania, nazywana w skrócie zasadą gospodarności. W myśl tej zasady maksymalny stopień realizacji celu (tzw. zasada największego efektu) osiąga się postępując tak, aby przy danym stopniu realizacji celu użyć minimalnego nakładu środków (tzw. zasada najmniejszego nakładu środków, czyli oszczędność środków). W praktyce oznacza to, że wszelka działalność gospodarcza powinna być prowadzona »w sposób właściwy dobremu gospodarzowi«, a więc racjonalnie. Kwestia, czy podmioty prowadzące działalność gospodarczą zakładają osiąganie zysku, czyli nadwyżki wpływów nad wydatkami, czy tylko pokrywanie kosztów swojej działalności własnymi dochodami, łączy się z rodzajem realizowanych przez nie zadań i statutowo określonym celem prowadzonej działalności. Większość podmiotów gospodarczych prowadzi działalność obliczoną na osiągnięcie zysku, a więc w celach zarobkowych”. Interpretacja zaproponowana przez Sąd Najwyższy prowadzi do uznania, że działalność jednostek samorządu terytorialnego w sferze gospodarki komunalnej ma charakter działalności gospodarczej. Pogląd ten nie znalazł jednak szerszej aprobaty w doktrynie i orzecznictwie. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 19 stycznia 2003 r.²⁷ uznał, że „zasadnicza odmienność między gospodarką komunalną a działalnością gospodarczą polega głównie na tym, że gospodarka komunalna nie ma celu zarobkowego. Musi się ona mieścić w ramach działalności komunalnej, a jej obligatoryjnym celem pozostaje wykonywanie zadań własnych gminy,

²⁵ M. Tarnawski, *Działalność gospodarcza w rozumieniu przepisów prawa cywilnego na tle orzecznictwa*, Glosa 2006, nr 2, poz. 38.

²⁶ III CZP 117/91, OSNC 1992, nr 5, poz. 65.

²⁷ SA/Gd 1968/02, OSS 2003, nr 4, poz. 105.

w tym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty (zadań użyteczności publicznej). Gmina jest przede wszystkim organem władzy publicznej, przez co siłą rzeczy musi przejąć określone funkcje interwencyjne w gospodarce. Chodzi tu zwłaszcza o dziedziny działalności społecznie niezbędnej, w których podmioty prywatne nie są zainteresowane podjęciem działalności (np. brak opłacalności), o tworzenie nowych miejsc pracy, o podtrzymywanie lokalnych tradycji i lokalnych ośrodków aktywności gospodarczej i kulturalnej”. Komentując przytoczony wyrok należy zważyć, iż wykonywanie przez jednostki samorządowe zadań własnych może przybrać postać działalności o bardzo różnym charakterze. Z jednej strony może to być działalność o charakterze typowo gospodarczym, polegająca na uczestnictwie danej jednostki w rynkowej wymianie dóbr i usług, realizowana w formach prawa prywatnego. Z drugiej zaś strony wykonywanie przez gminę, powiat czy województwo zadań własnych również może przyjąć postać działalności o charakterze *stricte* administracyjnym, dokonywanej w formach prawa administracyjnego i niezwiązanej w żadnym wypadku z występowaniem w obrocie gospodarczym. Ponadto należy zważyć na fakt, iż to, że gminy muszą wykonywać wszelką swoją działalność w celu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej, nie wyklucza wcale możliwości równoczesnego prowadzenia tej działalności – tak jak wymaga tego definicja z ustawy swobodzie działalności gospodarczej – w celu zarobkowym.

Również państwo uczestniczy nadal w sposób bezpośredni w gospodarce rynkowej, tworząc podmioty gospodarcze i wyposażając je w majątek, stanowiący własność Skarbu Państwa. Ich podstawową formą prawną są przedsiębiorstwa państwowe oraz spółki z udziałem Skarbu Państwa.

Zatem o działalności gospodarczej na gruncie art. 296 k.k. można mówić w przypadku czynności podejmowanych przez osoby pełniące funkcje publiczną, reprezentujących interesy państwa lub instytucji komunalnych, jeżeli występują one jako podmioty gospodarcze, równoprawne z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego.

W kontekście wyżej poczynionych uwag należy stwierdzić, że do kręgu podmiotów chronionych przez art. 296 k.k. należą także Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego (jako osoby

prawne). Jak już to zostało dostrzeżone, w sytuacji, kiedy spółka z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego albo też przedsiębiorstwo państwowe uzyskują środki publiczne w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, w postaci subwencji lub dotacji, to osoby zatrudnione w takich podmiotach (z wyjątkiem pełniących wyłącznie funkcje wyłącznie usługowe) posiadają przymiot osób pełniących funkcje publiczne. W razie, gdy do ich kompetencji należy zajmowanie się prowadzeniem spraw majątkowych lub działalnością gospodarczą wskazanych podmiotów gospodarczych i dopuszczają się przy tym nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, czym zostaje wyrządzona znaczna szkoda majątkowa podmiotowi reprezentowanemu, ich zachowania kwalifikowane zostają na podstawie art. 296 k.k. Nie zawsze będzie to jednak zabieg prawidłowy. Istnieją bowiem przypadki, gdy zamach dotyczyć będzie środków publicznych lub szerzej: zasad prawidłowego gospodarowania tymi środkami. W konsekwencji zachowanie sprawcy godzić będzie w zasady prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządowych, które realizują określone cele publiczne, za pośrednictwem jednostek, którym przekazywane są środki publiczne. Dzieje się tak, gdy osoba mająca cechę podmiotu przestępstwa nadużycia zaufania, na mocy konkretnej ustawy lub indywidualnego aktu administracyjnego wydanego na podstawie takiej ustawy dysponuje środkami publicznymi. Dokonując określonej ich redystrybucji, wykonuje w tym właśnie zakresie władcze publicznoprawne uprawnienia poniekąd „w imieniu” i „w umocowanym zastępstwie” organów instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego. Dokonując zatem takiej redystrybucji w okolicznościach kwalifikowanych jako nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, narusza dobro prawne, jakim jest – posługując się ogólnym sformułowaniem – prawidłowość publicznego obrotu w państwie i „czystość” decyzji publicznoprawnych. Takie zachowanie nie podpada pod przepis art. 231 k.k., penalizujący nadużycie władzy, gdyż ma on zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy podmiotem sprawczym jest funkcjonariusz publiczny. Niewątpliwie jednak w analizowanym przypadku wchodzi w grę odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Analizując zagadnienie odpowiedzialności osób pełniących funkcje publiczną za przestępstwo nadużycia zaufania nie można pominąć bardzo doniosłego teoretycznie i praktycznie problemu relacji między art. 296 k.k. a wspomnianym już art. 231 k.k. Częste okazje do konkurowania między powołanymi przepisami wywołuje głównie fakt, że instytucje państwowe lub samorządu terytorialnego występują obecnie często jako podmioty gospodarcze. Przykładem może być działalność wojewódzkich ośrodków ruchu drogowego. Mają one status wojewódzkich samorządowych osób prawnych, powołanych do realizacji zadań publicznych, określonych m.in. ustawą Prawo o ruchu drogowym. WORD-y prowadzą również działalność komercyjną, organizując szkolenia i kursy doształcające. W tym zakresie działa jako jeden z konkurencyjnych ośrodków szkolenia kierowców, występujących na rynku gospodarczym. Jeżeli dyrektor WORD-u, pozostający w prawnej kategorii osób pełniących funkcje publiczną, a mówiąc ściślej: funkcjonariuszy publicznych, przekroczy swoje uprawnienia lub nie dopełni obowiązków – jego zachowanie można na wstępie rozważać na podstawie art. 231 i 296 k.k. Zaproponowana wykładnia poszczególnych znamion przestępstwa karalnej niegospodarności, przy uwzględnieniu przedmiotu ochrony każdego z wchodzących w grę przepisów, prowadzi jednak do wykluczenia stosunku krzyżowania się ich zakresów zastosowania, a zatem także do ich ewentualnego, chociażby niewłaściwego zbiegu.

Wniosek taki znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2009 r.²⁸, w którym stwierdzono, że „podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, o którym mowa w art. 296 § 1–4 k.k. od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 § 1–3 k.k. wynika z naruszenia kompetencji przez funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego. W zależności od różnych sfer ich działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach. Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez niego nastąpiło w sferze imperium funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. naduży-

²⁸ IV KK 11/09, LEX nr 512109.

cia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 k.k. Natomiast gdy funkcjonariusz publiczny zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzenie szkody majątkowej na skute nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k.” Stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy oparte jest na dwóch założeniach. Pierwsze sprowadza się do twierdzenia, że sfera *imperium* nie może obejmować decyzji dotyczących zajmowania się sprawami majątkowymi podmiotu gospodarczego. Drugie natomiast założenie jest takie, że dla rozróżnienia obu sfer konieczne staje się ustalenie, czy uprawnienia i obowiązki funkcjonariusza publicznego, a zatem także podejmowane przez niego decyzje, obejmują przysporzenie korzyści podmiotowi, w imieniu i na rzecz którego funkcjonariusz ten występował, czy też jedynie zachowanie majątku w stanie niepogorszonym. W ten sposób zakres zastosowania art. 296 k.k. ograniczony jest do funkcjonariuszy publicznych, podejmujących decyzje w imieniu i na rzecz podmiotu publicznego występującego w roli podmiotu gospodarczego. Natomiast art. 231 k.k. dotyczy wyłącznie sfery stosunków publicznoprawnych.

Takie rozumowanie pozostaje w zgodzie z założeniami aksjologicznymi, na których opiera się Kodeks karny. Sprowadzają się one do ograniczenia przedmiotu ochrony rozdziału XIX k.k. do działalności władzy publicznej i pozostawienia poza tymi granicami tej sfery aktywności jednostek organizacyjnych państwowych i samorządowych, która dotyczy działalności gospodarczej. Prawidłowość obrotu gospodarczego, opartego na zasadach wolnego rynku, chroniona jest przepisami zawartymi w rozdziale XXXVI k.k.

4. Korupcja w obrocie gospodarczym

Nowelą z 13 czerwca 2003 r. został dodany do Kodeksu karnego art. 296a, określający tzw. korupcję gospodarczą. Tym samym zainte-

resowaniem ustawodawcy zostały objęte wszelkie akty przekupstwa i sprzedajności, których celem jest osiągnięcie przewagi konkurencyjnej²⁹. Korupcja gospodarcza godzi zatem w podstawową zasadę wolnego rynku, którą jest wolna konkurencja, a w dalszej kolejności powstrzymuje rozwój gospodarczy oraz zagraża właściwemu funkcjonowaniu mechanizmów rynkowych³⁰.

Sama konstrukcja art. 296a k.k. nie stanowi powtórzenia konstrukcji przepisów art. 228–229 k.k. Klasyczny schemat przekupstwa został tutaj zmodyfikowany w dwóch kierunkach. Po pierwsze, przez ograniczenie podmiotowo-przedmiotowe, indywidualizujące podmiot łapownictwa biernego, a jednocześnie uzależniające karalność przyjęcia przez ten podmiot korzyści albo jej obietnicy od uczynienia tego w zamian za zachowanie sprzeczne z interesem firmy lub obowiązującymi normami gospodarczymi. Po drugie, poprzez rozszerzenie kryminalizacji na stosunki „zewnątrzne” między wskazanym podmiotem i konsumentem, w których tzw. łapówka jest niedopuszczalną gratyfikacją³¹. Wskazane cechy różnicujące poszczególne postacie korupcji odzwierciedlają się w poszczególnych znamionach przestępstwa z art. 296a § 1 k.k.

Ustawa wymaga, aby podmiotem omawianego typu czynu zabronionego była osoba pełniąca funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub pozostająca z taką jednostką w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło. Analiza znamion strony przedmiotowej pozwala na wyciągnięcie wniosku, że sprawcę musi charakteryzować posiadanie faktycznego wpływu na działalność jednostki organizacyjnej. Tylko wtedy będzie on bowiem mógł zrealizować czynność sprawczą, polegającą na żądaniu korzyści majątkowej lub osobistej, przyjęciu takiej korzyści czy też przyjęciu obietnicy korzyści majątkowej lub osobistej „w zamian” za ekwiwalentne zachowanie sprowadzające się do nadużycia udzielonych mu

²⁹ O. Górniok, *O korupcji gospodarczej i niektórych sposobach jej zwalczania*, PUG, 1995, nr 1, s. 6.

³⁰ J. Skorupka, *Przestępstwo korupcji gospodarczej z art. 296a k.k.*, Palestra, 2005, nr 5, s. 47.

³¹ R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316*, t. 2, Warszawa 2010, s. 1331.

uprawnień lub niedopełnienia ciążącego na nim obowiązku, mogące wyrządzić szkodę majątkową jednostce gospodarczej lub też przyjmujące postać czynu nieuczciwej konkurencji czy niedopuszczalnej czynności preferencyjnej na rzecz odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia. Wszystkie wskazane okoliczności realizacji czynności sprawczej nadają łąpówce specyficzne znaczenie, związane są z działaniem sprzecznym z interesem przedsiębiorstwa³². Przy czym art. 296a § 1 k.k. nie wymaga, aby sprawca rzeczywiście zrealizował którąkolwiek z czynności stanowiących ekwiwalent łąpówki. Do popełnienia przestępstwa dojdzie już w momencie przyjęcia łąpówki lub jej obietnicy.

Potencjalne nadużycie udzielonych sprawcy uprawnień lub niedopełnienie obowiązków musi mieć charakter potencjalnie szkodliwy majątkowo dla jednostki gospodarczej. Oceny, czy zachowanie mogło wyrządzić szkodę, dokonuje się według kryteriów obiektywnych³³.

Dwa kolejne rodzaje zachowania sprawcy przestępstwa z art. 296a § 1 k.k. (czyn nieuczciwej konkurencji, niedopuszczalna czynność preferencyjna na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia) nie wymagają następstw w postaci możliwości wyrządzenia szkody. Do poniesienia odpowiedzialności karnej w tych przypadkach wystarczy samo przyjęcie łąpówki lub jej obietnicy w zamian za zachowanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną odnoszącą się do podmiotów „zewnętrznych”, w stosunku do przedsiębiorstwa sprawcy.

Czyn nieuczciwej konkurencji należy rozumieć ściśle jako jedno z zachowań wskazanych w art. 3 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wylczenie tych czynów nie jest wyczerpujące, na co wskazuje użyty we wskazanym uregulowaniu zwrot „w szczególności”.

Wobec braku normatywnych kryteriów wyznaczających kolejny przedmiot czynności wykonawczej – niedopuszczalną czynność preferencyjną – należy poświęcić jej więcej uwagi. Wydaje się, że niedopuszczalną czynnością preferencyjną będzie jakiegokolwiek zachowanie

³² *Ibidem*.

³³ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej*, Prokuratura i Prawo, 2004, nr 3, s. 50.

niedozwolone, a zatem takie, które można określić jako nieuczciwe, nierzetelne, przynoszące korzyść dla innego podmiotu kosztem przedsiębiorstwa reprezentowanego przez menedżera. Tytułem przykładu można powołać wybór niekorzystnej oferty czy też sprzedaż towarów handlowych z odroczonym terminem płatności dla kontrahenta, który jest niewypłacalny.

Tak określone znamiona konstruujące typ przestępstwa wyraźnie korespondują z jego przedmiotem ochrony. Przepis art. 296a k.k. udziela ochrony prawnej temu samemu rodzajowemu i indywidualnemu dobru prawnemu. Rodzajowym przedmiotem ochrony jest prawidłowe, a zatem niezakłócone nieuczciwymi i nierzetelnymi działaniami ze strony menedżerów funkcjonowanie obrotu gospodarczego³⁴. Podstawy prawidłowego obrotu gospodarczego odnoszą się do wolnej i równej działalności gospodarczej opartej na uczciwej konkurencji, dobrych obyczajach oraz słusznym interesach konsumentów. Natomiast indywidualnym (bezpośrednim) przedmiotem ochrony jest interes przedsiębiorstwa kierowanego przez menedżera.

Wydaje się, że wyżej ustalony przedmiot ochrony może odgrywać rolę reguły, na podstawie której dokonywane będzie rozgraniczenie sytuacji mieszczących się w dyspozycji przepisów art. 228 i 296a, które penalizują poszczególne rodzaje korupcji.

Autorzy niniejszego opracowania nie podzielają zatem poglądu wyrażonego przez J. Skorupkę, który uważa, że dla rozstrzygnięcia zasygnalizowanego problemu nie wystarcza interpretacja zorientowana na rodzajowy przedmiot ochrony powołanych uregulowań, albowiem „tytuł rozdziału XXIX k.k. nie jest dostosowany do treści art. 228 i 229 k.k., a art. 296a k.k. nie zawęża przedmiotu ochrony wyłącznie do obrotu gospodarczego”³⁵. Autor ten proponuje dla wyeliminowania wspomnianego problemu odmienną interpretację podmiotu przestępstwa art. 228 k.k., a zatem terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, niż przedstawiona na początku artykułu. Według niego pożądanym byłby taki kierunek wykładni art. 115 § 19 k.k., który przyjmowałby, że dla uzyskania przynajmniej osoby pełniącej funkcję publiczną nie wystarcza

³⁴ *Ibidem*, s. 1333.

³⁵ J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 89.

samo zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi. Niezbędne jest spełnienie dalszej przesłanki w postaci treści czynności, w związku z którą korzyść lub jej obietnica została przyjęta. Czynność ta musi mieć związek z wydatkowaniem środków publicznych. W konsekwencji w tych sytuacjach, w których mamy do czynienia z dysponowaniem środkami publicznymi albo w których decyzje administracyjne są przesłanką legalnego prowadzenia działalności gospodarczej, zachowania korupcyjne należy poddać ocenie na podstawie art. 228 k.k. Natomiast gdy zachowanie danego sprawcy nie będzie miało związku z wydatkowaniem środków publicznych, należy dla jego oceny posłużyć się art. 296a § 1 k.k.³⁶ O ile sam wniosek sprowadzający się do twierdzenia, że wszelkie przejawy korupcji mające związek z czynnościami, których istotą jest wydatkowanie środków publicznych, powinny podlegać prawnej kwalifikacji na podstawie art. 228 k.k. zasługuje na akceptację, o tyle już przesłanki, które do niego doprowadziły, budzą wątpliwości. Nie można bowiem różnicować terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną” w zależności od typu przestępstwa, w jakim pojawia takie określenie podmiotu sprawczego. Ustawodawca konstruując definicję legalną tego pojęcia przesądził o konieczności jednolitego posługiwania się nim na gruncie prawa karnego. Dla uzyskania przymiotu „osoby pełniącej funkcję publiczną” wystarczy – zgodnie z wykładnią literalną – sam formalny fakt zatrudnienia w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi.

Wydaje się, że posłużenie się dyrektywą interpretacyjną zorientowaną na przedmiot ochrony każdego z wchodzących w grę na tle konkretnego stanu faktycznego przepisów pozwala na ściśle wyznaczenie granicy między sferą stosunków publicznoprawnych a sferą prywatną, która jest związana z działalnością gospodarczą. Można przyjąć, że intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego nowego typu przestępstwa było objęcie zakresem art. 296a k.k. wszystkich przejawów korupcji w obrocie gospodarczym. Osoby pełniące funkcję publiczną przyjmujące łapówkę powinny odpowiadać na podstawie tego przepisu, o ile czyn ten ma bezpośredni związek

³⁶ *Ibidem*, s. 90.

z prowadzoną działalnością gospodarczą, a zatem godzi przede wszystkim w zasady wolnej konkurencji. Dla bytu tego przestępstwa nie ma zaś znaczenia, czy działalność danego podmiotu oparta jest na kapitale prywatnym, czy też majątku państwowym lub samorządowym. Wszelkie inne przejawy korupcji, związane z dysponowaniem środkami publicznymi i tym samym stanowiące zamach na zasady prawidłowego funkcjonowania sfery publicznej, powinny podlegać ocenie prawnej na podstawie art. 228 k.k.

Reasumując, należy przyjąć, że zakresy zastosowania art. 228 i 296 nie pozostają w stosunku krzyżowania (wobec czego wykluczona jest kumulatywna kwalifikacja prawna), gdyż przyjęcie przez osobę pełniącą funkcję publiczną „łapówki” w związku z realizacją funkcji publicznej nie obejmuje zachowań naruszających ład gospodarczy. Korupcja w obrocie gospodarczym a korupcja urzędnicza to dwa odrębne przestępstwa, o odmiennych czynnościach wykonawczych (przyjęcie korzyści majątkowej w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjęcie korzyści majątkowej w zamian za ekwiwalentne zachowanie szkodliwe majątkowo dla jednostki gospodarczej) i różnych przedmiotach ochrony.

5. Podsumowanie

W naszych warunkach gospodarczych stosunkowo często osoby należące do kategorii pełniących funkcje publiczne reprezentują interesy państwa lub samorządu terytorialnego jako podmiotów gospodarczych, równoprawnych z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego. Osoba pełniąca funkcję publiczną występuje też w innych rolach państwa, wykonując określone ustawą zadania publiczne.

Skoro przedmiotem ochrony poszczególnych przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu są interesy majątkowe i działalność gospodarcza, to nie mieszczą się w ich zakresie funkcje władcze państwa lub innych instytucji publicznych.

Osoba pełniąca funkcję publiczną, która zajmując się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą państwa czy innej insty-

tucji publicznej jako podmiotu gospodarczego (np. kierujący przedsiębiorstwem państwowym) dopuści się przestępstwa nadużycia zaufania lub też sprzedajności, powinna ponosić odpowiedzialność tak jak każda inna osoba, której powierzono tego rodzaju cudze sprawy. Natomiast w sytuacji, gdy realizuje zadania publiczne, uczestnicząc tym samym w sprawowaniu imperium funkcji władczych przysługujących podmiotom państwowym lub samorządowym, podstawą penalizacji jej zachowania będą odpowiednie przepisy z rozdziału XXIX k.k.

Nie zasługują zatem na aprobatę te poglądy przedstawicieli doktryny, które przyjmują, że zakresy zastosowania art. 231 i 296 k.k. oraz 228 i 296a k.k. krzyżują się i wobec tego mamy do czynienia z właściwym zbiegiem przepisów ustawy, co oznacza, że kwalifikacja prawna czynu osoby pełniącej funkcję publiczną, który wypełnia jednocześnie znamiona powołanych przepisów powinna być kumulatywna³⁷. Taka interpretacja opiera się na nieporozumieniu, że zachowanie sprawcy podpadające pod wskazane wyżej przepisy zawsze będzie stanowiło zamach na dwa, odmienne przedmioty ochrony.

Zaproponowane rozwiązanie problemu rozgraniczenia zakresu zastosowania art. 231 i 296 k.k. oraz 228 i 296a k.k. zapobiega niebezpieczeństwu renacjonalizacji przestępczości gospodarczej poprzez nadanie zasadom prawidłowego obrotu gospodarczego ochrony karnoprawnej właściwej wyłącznie dla instytucji państwowych i samorządowych. Stosownie do podstawowych zasad gospodarki rynkowej interesy wszystkich uczestników obrotu gospodarczego powinny mieć równorzędną wartość i podlegać jednakowej ochronie.

³⁷ Por. R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *op. cit.*, s. 1325 i 1347.

Realizacja praw pokrzywdzonego w procesie karnym w świetle postulatów sprawiedliwości naprawczej

Ponieważ całokształt regulacji zorientowanych na ochronę interesów pokrzywdzonego wpisuje się w koncepcję sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*), więc punkt wyjścia niniejszych rozważań stanowi rys teoretyczno-historyczny tej ideologii oraz innych nurtów sprawiedliwościowych. Za M. Filarem należy bowiem przypomnieć, że historia ewolucji współczesnego prawa karnego jest w istocie historią zmiennego rozkładania się akcentów, w ramach klasycznej dla tej dziedziny prawa triady: sprawca – czyn – ofiara¹.

W połowie XIX w. sprawiedliwość była oceniana wyłącznie przez pryzmat czynu sprawcy. Przywrócenie stanu naruszonego przestępstwem realizowano poprzez nałożenie na sprawcę dolegliwej sankcji. Przestępstwo traktowano jako konflikt między sprawcą a państwem, co w literaturze przedmiotu utożsamia się z „kradzieżą konfliktu” dokonywaną przez prawników. Według N. Christie w powyższej sytuacji ofiara przestępstwa odgrywała wyłącznie drugoplanową rolę osobowego źródła dowodowego, natomiast głównym celem procesu karnego było rozprawienie się państwa ze sprawcą². Jak się okazało, przedstawiony powyżej model sprawiedliwości retributywnej nie potrafił zaspokoić potrzeb społecznych w sferze bezpieczeństwa czy zapobiegania przestępczości ani też nie uwzględnił potrzeb ofiar przestępstw. W efekcie zaczęto sobie zdawać sprawę, że „brutalne wię-

¹ M. Filar, *Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, [w:] S. Waltoś, B. Nita, P. Trzaska, M. Żurek (red.), *Kompensacyjna funkcja prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Gostyńskiego*, Kraków 2002, s. 25.

² N. Christie, *Conflicts as Property*, [w:] M. Fajst, M. Płatek (red.), *W kręgu kryminologii romantycznej*, Warszawa 2004, s. 174 i n.

zienia produkują brutalnych obywateli, niebezpiecznych w więzieniu i poza nim (...), że surowe kary i zwiększony nadzór w więzieniach prowadzi do wzrostu wskaźnika przestępczości (...), że im surowsze będą więzienia i im dłuższe wyroki, tym większy będzie współczynnik przestępczości i bardziej makabryczna natura niektórych przestępstw”³.

Współcześnie pod wpływem wiktymologii retributywność systemu prawa karnego zostaje zastępowana przez model restytucyjny, który koncentruje się na roli pokrzywdzonego w procesie karnym oraz jego porozumieniu z oskarżonym w kwestii zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. W modelu tym pokrzywdzony staje się „właścicielem” konfliktu powstałego między nim a sprawcą, natomiast rola organu sprawiedliwości zostaje zminimalizowana do kontrolowania rzetelności przebiegu procesu karnego. Na gruncie tej koncepcji dąży się także do zmniejszenia kosztów wymierzania sprawiedliwości, prawo karne zaś zaczyna się przybliżać do prawa cywilnego⁴.

W powyższy nurt sprawiedliwości karnej wpisuje się model sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*)⁵. Koncepcja ta bywa różnie definiowana w literaturze przedmiotu, najczęściej jednak przywołuje się definicję T.F. Marshalla, zgodnie z którą „sprawiedliwość naprawcza jest procesem, w którym spotykają się wszystkie strony związane z konkretnym przestępstwem, by wspólnie rozstrzygnąć, jak zaradzić jego skutkom i ich następstwom”⁶.

Podbudowa teoretyczna sprawiedliwości naprawczej w zakresie polityki karnej opiera się na krytyce tradycyjnego retributywnego modelu procesu karnego, w którym podstawową i niekiedy jedyną reakcją na popełnione przestępstwo jest kara. Intencją sprawiedliwości

³ J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, Warszawa 2004, s. 36.

⁴ Zob. A. Zachuta, *Sprawiedliwość naprawcza – nowa filozofia przywracania ładu społecznego*, Edukacja Prawnicza, 2004, nr 3.

⁵ Za prekursorów tego kierunku uważa się H. Zehra, J. Consedine i M. Wrighta.

⁶ T.F. Marshall, *The Evolution of Restorative Justice in Britain*, Strasbourg 1996; cyt. za: E. Wdzięczna, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego a postulaty restorative justice – wybrane zagadnienia*, [w:] G. Rejman, B. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski (red.), *Księga poświęcona pamięci profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008, s. 331.

naprawczej jest wzmocnienie pozycji ofiary przestępstwa oraz uwzględnienie w procesie karnym krzywd oraz szkód, jakich doznała. Omawiany model pozwala również na eliminację zjawiska tzw. wtórnej wiktyimizacji, której źródeł upatruje się przede wszystkim w lekceważeniu cierpień i niedostrzeganiu potrzeb ofiar przestępstw⁷. W ujęciu sprawiedliwości naprawczej przestępstwo rozumiane jest jako naruszenie zgodnych z prawem relacji ludzi. Czyn przestępny traktuje się przede wszystkim jako krzywdę, stratę czy uszczerbek, jaki poniósł pokrzywdzony, a nie samo naruszenie przepisów ustawy karnej. Sprawiedliwość naprawcza uwzględnia także cały kontekst przestępstwa i skupia się na przyszłości – ofiary, sprawcy oraz społeczeństwa. Omawiana ideologia szczególnie znaczenie przyznaje porozumieniu pokrzywdzonego ze sprawcą przestępstwa, przez które to porozumienie dokonuje się przebaczenia i przywrócenia prawidłowych relacji międzyludzkich. Przewodnią myślą sprawiedliwości naprawczej jest bowiem przywrócenie stanu pokoju społecznego, które następuje poprzez uznanie odpowiedzialności sprawcy przestępstwa oraz zobowiązanie go do restytucji⁸. Choć koncepcja sprawiedliwości naprawczej w czystej postaci raz i idealizmem, nie można odmówić jej pozytywnych rozwiązań, z których wiele zostało przeniesionych do współczesnego ustawodawstwa karnego.

Podstawowym założeniem Kodeksu karnego z 1997 r., również doniosłym, jak traktowanie kary pozbawienia wolności w stosunku do drobnej i średniej przestępczości jako *ultima ratio*, jest dążenie przy użyciu środków racjonalizacji polityki kryminalnej do likwidacji konfliktu społecznego wywołanego przestępstwem⁹. Senat Rzeczypospolitej Polskiej w jednej ze swych uchwał postuluje wprowadzenie do systemu prawa polityki karnej opartej na idei sprawiedliwości naprawczej,

⁷ Zob. E. Bieńkowska, *Mediacja między ofiarą i przestępcą*, Monitor Prawniczy, 1998, nr 10.

⁸ Zob. szerzej: M. Płatek, *Teoria sprawiedliwości naprawczej*, [w:] M. Płatek, M. Fajst (red.), *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, Warszawa 2005, s. 71–107.

⁹ A. Zoll, *Założenia kryminalnopolityczne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności*, Państwo i Prawo, 1998, nr 9–10, s. 49.

tn. takiej, która zmierza do zadośćuczynienia pokrzywdzonemu oraz społeczności i do rehabilitacji sprawcy. Zdaniem Senatu RP najlepszym środkiem do urzeczywistnienia tych założeń jest stosowanie kar nieizolacyjnych związanych z poddaniem sprawcy próbie, w której trakcie sprawca winien wypełniać nałożone na niego przez właściwy organ obowiązki. Najważniejszym środkiem powinno być naprawienie szkody oraz krzywdy moralnej wyrządzonej pokrzywdzonemu¹⁰.

Wymóg uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego jest jednym z głównych założeń postępowania karnego, który został wprowadzony do ustawy karnoprosesowej w 1997 r. Zgodnie z treścią art. 2 k.p.k. prawo karne procesowe ma na celu takie ukształtowanie procesu karnego, aby:

- sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna tej odpowiedzialności nie poniosła;

- osiągnąć zadania postępowania karnego w zwalczaniu przestępstw, zapobieganiu im oraz w umacnianiu poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego;

- zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego;

- rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie, przy czym podstawę rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne.

Oznacza to, że pokrzywdzony uzyskał w procesie karnym nowy status. Przestał być jedynie świadkiem popełnionego czynu. Współczesne kodeksy karne traktują go jako uczestnika postępowania, którego ochronie praw to postępowanie ma służyć¹¹. Obecna kodyfikacja karna poszerzyła możliwości działania pokrzywdzonego, uprawniając go m.in. do występowania w roli oskarżyciela posiłkowego (art. 55 k.p.k.), wnioskowania w przedmiocie zobowiązania skazanego do naprawienia szkody (art. 46 k.k.), udziału w rozprawie, choćby nie był stroną (art. 384 § 2 k.p.k.), oraz w niektórych posiedzeniach sądu (art.

¹⁰ Uchwała Senatu RP z 3 czerwca 2004 r. w sprawie polityki karnej w Polsce, Monitor Polski, 2004, nr 26.

¹¹ A. Zoll, *Założenia kryminalnopolityczne...*, s. 49.

341 § 3, art. 343 § 5, art. 354 pkt 2 k.p.k.). Ustawa karnoprosesowa wprowadziła także instytucję mediacji (art. 23a k.p.k.) i porozumienia się pokrzywdzonego z oskarżonym, od których wyników uzależnia niektóre decyzje procesowe (np. art. 341 § 3, art. 343 § 3, art. 387 § 3 k.p.k.)¹².

Jednym z przejawów realizacji prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego jest regulacja warunkowego umorzenia postępowania karnego. Zgodnie z treścią art. 66 § 3 k.k., warunkowo umorzyć postępowanie można także wobec sprawców przestępstw o poważniejszym ciężarze gatunkowym, zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5, w razie wystąpienia jednej z następujących przesłanek: pojednania się sprawcy z pokrzywdzonym, naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem przez sprawcę lub uzgodnienia przez sprawcę i pokrzywdzonego sposobu naprawienia szkody. Z powyższego wynika, że jednym z istotnych celów procesu karnego jest wygaszenie konfliktu, jaki zaistniał między sprawcą a pokrzywdzonym, na skutek popełnienia na jego szkodę przestępstwa. Konflikt ten może być rozwiązany lub przynajmniej w znacznym stopniu złagodzony, jeżeli negatywne konsekwencje popełnionego przestępstwa zostaną przez sprawcę zniwelowane. Obowiązek naprawienia szkody występuje w aktualnym Kodeksie karnym w dwóch postaciach, mianowicie jako środek probacyjny oraz jako samoistny środek karny. W pierwszym przypadku, podobnie jak w Kodeksie karnym z 1969 r., naprawienie szkody może być orzeczone w połączeniu z warunkowym umorzeniem postępowania karnego lub warunkowym zawieszeniem wykonania kary, a także przy skazaniu na karę ograniczenia wolności. Jeżeli w wyniku popełnienia przestępstwa zaistniała szkoda, przy warunkowym umorzeniu postępowania karnego orzeczenie omawianego środka jest obligatoryjne (art. 67 § 3 k.k.). Zastosowanie środków probacyjnych ma w tym przypadku przede wszystkim cel wychowawczy i prognostyczny, nie zaś kompensacyjny, dlatego uchylenie się od jego wykonania może być podstawą do podjęcia postępowania warunkowo umorzonego¹³.

¹² T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 29–30.

¹³ O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitkowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2005, s. 604.

Na tle przepisu art. 66 § 3 k.k. wyłania się szereg kontrowersji. Podstawowym problemem na gruncie powyższej regulacji jest ustalenie zakresu terminu „pokrzywdzony”. Według § 1 i 2 art. 49 k.p.k. pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, a także instytucja państwowa, samorządowa lub społeczna, choćby nie miała osobowości prawnej, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo. W literaturze podnosi się, że z uwagi na cel rozszerzenia możliwości zastosowania warunkowego umorzenia postępowania na przestępstwa zagrożone karą do 5 lat pozbawienia wolności należy przyjąć, że pokrzywdzonym w rozumieniu § 3 art. 66 k.k. może być przede wszystkim osoba fizyczna, ponieważ tylko ona posiada zdolność do pojednania się ze sprawcą przestępstwa. Osoba prawna (instytucja państwowa, samorządowa czy też społeczna – art. 49 § 2 k.p.k.) może być natomiast podmiotem porozumienia się co do sposobu naprawienia szkody¹⁴. W doktrynie prezentowane jest także stanowisko odmienne, zgodnie z którym możliwość pojednania się ze sprawcą zachodzi zarówno w przypadku osoby fizycznej, jak i innych podmiotów wskazanych w § 1 i 2 art. 49 k.p.k.¹⁵

Sąd, dostrzegając możliwość porozumienia oskarżonego z pokrzywdzonym, może odroczyć posiedzenie w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania, wyznaczając im stosowny termin na zawarcie porozumienia (art. 341 § 3 zd. 1 k.p.k.), natomiast jest on zobligowany zarządzić przerwę lub odroczyć posiedzenie na ich zgodny wniosek uzasadniony potrzebą dokonania uzgodnień (art. 341 § 3 zd. 2 k.p.k.). Powyższa regulacja umożliwi stronom zawarcie porozumienia w toku procesu oraz wzmacnia pozycję pokrzywdzonego poprzez umożliwienie mu kształtowania decyzji w przedmiocie reakcji na popełnione przestępstwo i wynegocjowanie korzystnych warunków naprawienia szkody¹⁶. Ponadto zobowiązanie się przez sprawcę do naprawienia

¹⁴ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 2004, s. 1001–1002.

¹⁵ B. Kunicka-Michalska, [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 1044–1045.

¹⁶ H. Paluszkiwicz, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego w stadium postępowania przed sądem*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Warszawa 1997.

szkody w drodze ustalonego z pokrzywdzonym porozumienia zwiększa szanse na jego rzeczywiste wykonanie i tym samym zmniejsza ryzyko podjęcia warunkowo umorzonego postępowania na skutek rażącego uchylania się przez sprawcę od nałożonych na niego obowiązków¹⁷.

Ustawa karnomaterialna nie określiła formy, w jakiej ma dojść do pojednania pokrzywdzonego i sprawcy, *lege non distinguente* należy zatem wnioskować, że możliwa jest każda forma. Kodeks używa kilku pojęć na określenie konsensualnych metod wygaszenia konfliktu między oponentami procesu karnego. Pojednanie nie doczekało się ustawowej definicji, na gruncie ustawy karnoprocesowej pojawia się jedynie w przepisach regulujących postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego (art. 492 § 1 k.p.k.). Ponadto zostało wymienione wśród dodatkowych przesłanek warunkowego umorzenia postępowania karnego przewidzianych w § 3 art. 66 k.k. W teorii dominuje pogląd, wedle którego za pojednanie uważa się wszelkie zgodne oświadczenia pokrzywdzonego i sprawcy, w których dają oni wyraz zakończenia zaistniałego między nimi konfliktu i rezygnacji z prowadzenia procesu na przyszłość. Potocznie termin „pojednanie” rozumie się jako pogodzenie się, porozumienie, polubowne zakończenie sporu. Jednakże, jak trafnie wskazuje T. Koziół, przy wykładni tego pojęcia należy wziąć pod uwagę przede wszystkim relację między sprawcą a pokrzywdzonym, która wiąże się z konkretną krzywdą (szkodą) po stronie pokrzywdzonego, a której nie można łączyć z jakimś aktem ekspiacji po stronie sprawcy (przeproszeniem, wyrażeniem skruchy, żalu itp.) oraz odpowiadającym mu jakimś aktem absolucji ze strony pokrzywdzonego (wybaczeniem, przyjęciem przeprosin itp.)¹⁸.

Na tle pojęcia „pojednania” wątpliwości wywołuje także dopuszczalność w razie śmierci pokrzywdzonego pojednania się ze sprawcą osoby dla pokrzywdzonego najbliższej. W uzasadnieniu do uchwały z 30 września 2003 r. (I KZP 19/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 78) Sąd Najwyższy dopuścił taką możliwość, swoje stanowisko opierając

¹⁷ E. Bieñkowska, B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Postępowanie mediacyjne w nowej kodyfikacji karnej*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze. Zeszyt 14*, Warszawa 1998, s. 219.

¹⁸ T. Koziół, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego*, Warszawa 2009, s. 131.

na odwołaniu się do treści art. 52 § 1 k.p.k., z którego wyprowadzono, że jeżeli pokrzywdzony mógł pojednać się z oskarżonym, to odpowiednio uprawnienie przysługuje także osobie najbliższej w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., która weszła w jego prawa na podstawie rzeczowego przepisu. Wydaje się, że z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić, ponieważ pojednanie jest aktem woli, do którego może dojść jedynie między osobami bezpośrednio zaangażowanymi w konflikt, tj. między sprawcą a pokrzywdzonym. Natomiast przeniesienie prawa do dokonania tego aktu moralnego na inne osoby wypaczałoby sens instytucji pojednania, przejawiający się w szansie na przywrócenie ładu moralnego naruszonego przestępstwem. Powyższy pogląd znajduje odzwierciedlenie w stanowisku doktryny¹⁹. Jednakże słusznie zastrzega się, że wyjątkowo można dopuścić możliwość pojednania się ze sprawcą przestępstwa osoby najbliższej pokrzywdzonego po śmierci pokrzywdzonego. Taka możliwość może zaistnieć jednak wyłącznie w sytuacji, gdy przed śmiercią pokrzywdzony wyraził w tym zakresie swoją wolę i jest to możliwe do udowodnienia²⁰.

Niezależnie od stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w powyższej uchwale, należy również zgodzić się z prezentowanym w literaturze poglądem, że podmiotem uprawnionym do pojednania się ze sprawcą, w sytuacji braku lub nieujawnienia osób najbliższych zmarłego pokrzywdzonego, nie jest prokurator²¹. Uznaje się zwłaszcza, że nawet gdyby stwierdzić, że pojednanie ma charakter uprawnienia procesowego, do którego stosuje się art. 52 § 1 k.p.k., i tak zastosowanie tego przepisu wymaga rozważenia, czy uprawnienie to może być wykonywane przez prokuratora. Uwzględniając zaś założenia prezentowane na tym tle w doktrynie, należy odmówić prokuratorowi uprawnienia do wykonania pojednania²². Ponadto, co trafnie skonstatował Sąd

¹⁹ Zob. szerzej T. Koziół, *Glosa krytyczna do uchwały SN z 30 września 2003 r., I KZP 19/03*, Państwo i Prawo, 2004, nr 7, s. 126.

²⁰ Zob. Z. Świda, *Uwagi o warunkowym umorzeniu postępowania*, [w:] Z. Cwiąkański, Z. Artymiak (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, Warszawa 2009, s. 267

²¹ Zob. E. Wdzięczna, *op. cit.*, s. 337.

²² A. Błachnio-Parzych, M. Hudzik, J. Pomykała, *Przegląd glos krytycznych do orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego*, Palestra, 2005, nr 7–8, s. 268–269.

Najwyższy w omówionej powyżej uchwale, pojednanie ma szczególny charakter, który różni się zasadniczo od uprawnienia procesowego.

Od pojednania należy odróżnić ugodę, która w prawie karnym materialnym i procesowym łączona jest z roszczeniami, np. o naprawienie szkody²³. Jeszcze innym pojęciem jest mediacja, rozumiana jako pośrednictwo między przeciwstawnymi stronami konfliktu, mające na celu doprowadzenie do zawarcia ugody albo do samego pojednania (bez zawarcia ugody)²⁴. W toku mediacji strony dochodzą do porozumienia pod kontrolą niezależnego i obiektywnego arbitra – mediatora. Jego rola polega na zapewnieniu stronom wzajemnego zrozumienia, czuwa on przede wszystkim nad zachowaniem równości sił oraz atmosferą sprzyjającą porozumieniu²⁵. W postępowaniu karnym powinno bowiem dążyć się do ugodowego załatwienia sprawy pomiędzy oskarżonym i poszkodowanym.

Jednakże w Polsce mediacja wykorzystywana jest w praktyce sądowej wciąż sporadycznie. Wydaje się, że przyczyna tkwi w nieodpowiednio wykształconej strukturze mediatorów, a także w konserwatywnym podejściu przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości do skuteczności tego rozwiązania na gruncie postępowania karnego. Mediator w tym postępowaniu pełni rolę osoby całkowicie bezstronnej, neutralnej wobec stron, która powinna wspierać przebieg negocjacji w celu wypracowania optymalnego kompromisu. Ustawodawca, wprowadzając instytucję mediacji do polskiego systemu prawa karnego, dał tym asumpt do zwiększenia roli pokrzywdzonego w procesie karnym. Nadto na skutek znowelizowania Kodeksu postępowania karnego ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. wprowadzono do instytucji mediacji istotne zmiany²⁶. Sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator – posiadają kompetencje do skierowania sprawy do postępowania mediacyj-

²³ E. Wdzięczna, *op. cit.*, s.336.

²⁴ W. Daszkiewicz, *Pojednanie, ugoda i mediacja w procesie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, z. 8, Warszawa 1998, s. 60-62.

²⁵ M. Płatek, *Wstęp I, czyli o miejscu i roli sprawiedliwości naprawczej w systemie sprawiedliwości karnej*, [w:] M. Fajst, M. Płatek (red.), *Sprawiedliwość naprawcza...*, s. 18.

²⁶ S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym*, Kraków 2005, s. 80.

nego we wszystkich stadiach rozpoznawania sprawy. Przekazanie sprawy przez prokuratora w toku postępowania przygotowawczego może przyczynić się do znacznie szybszego zakończenia sprawy. Przemawiają za tym trzy czynniki: psychologiczny, organizacyjny oraz czynnik ekonomiki procesowej, czyli przyspieszenia postępowania karnego. Czynnik psychologiczny sprawia, że na tym etapie postępowania najłatwiej jest rozwiązać konflikt, ponieważ nie nabrał on jeszcze charakteru publicznego. Natomiast czynnik organizacyjny oznacza, że łatwo w skontaktować się ze stronami przez organ procesowy. Pozytywny wynik mediacji może doprowadzić do ominięcia postępowania dowodowego bądź zakończyć to postępowanie orzeczeniem o warunkowym umorzeniu postępowania karnego²⁷.

Mediacja jako instytucja procesowa może być przeprowadzona po spełnieniu ustawowych przesłanek przewidzianych dyspozycją art. 23a k.p.k. Strony muszą dobrowolnie i świadomie zgodzić się na tę drogę postępowania. Naczelną zasadą postępowania mediacyjnego jest bowiem równość między stronami. Mediacja odbywa się przez dyskusję, przy wzajemnych ustępstwach i kompromisach. W postępowaniu tym nie biorą udziału prokurator czy pełnomocnicy stron lub inni uczestnicy procesu. Postępowanie mediacyjne prowadzi mediator, który powinien posiadać odpowiednie kwalifikacje i predyspozycje do wykonywania zawodu oraz cechować się wysokim stopniem profesjonalizmu. „Mediatorzy powinni cieszyć się szacunkiem w społeczności, być osobami doświadczonymi i specjalnie przeszkolonymi, znającymi społeczność i tradycje społeczne oraz być osobami wrażliwymi na czynniki osobowości ludzkiej”²⁸.

Upoważnionym do występowania w roli mediatora jest przedstawiciel instytucji, która zgodnie ze statusem powołana została do wykonywania zadań z zakresu resocjalizacji, ochrony interesu indywidualnego, ochrony wolności i praw człowieka. Mediacja może być również prowadzona przez osobę godną zaufania. Każde organizacje społeczne i zawodowe mogą stworzyć listę tzw. stałych mediatorów oraz powołać ośrodek mediacyjny. Następnie lista taka przekazywana jest do Prezesa

²⁷ *Ibidem.*, s. 82.

²⁸ E. Bieńkowska, *Nowy zawód – mediator sądowy*, Jurysta, 1998, nr 3–4, s. 11.

Sądu Okręgowego, który podejmuje decyzję o wpisaniu odpowiedniej osoby lub podmiotu na listę mediatorów, po spełnieniu określonych przez rozporządzenie warunków²⁹. Po przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego, właściwa instytucja lub osoba godna zaufania obowiązana jest sporządzić sprawozdanie z jego przebiegu i jego wyników (art. 23a § 4 k.p.k.).

Natomiast zgodnie z § 3 art. 23 a k.p.k. postępowania mediacyjnego nie może prowadzić osoba, co do której w konkretnej sprawie zachodzą okoliczności nakazujące jej wyłączenie (art. 40–42 k.p.k.), czynny zawodowo sędzia, prokurator, adwokat, radca prawny, a także aplikant tychże zawodów albo inna osoba zatrudniona w sądzie, prokuraturze lub innej instytucji uprawnionej do ścigania przestępstw.

Pozytywny wynik mediacji jest bardzo przydatny w sytuacjach, w których naprawienie przez sprawcę szkody wyrządzonej przestępstwem jest brane pod uwagę przy wydawaniu orzeczeń kończących postępowanie karne. Tego typu rozstrzygnięcie warunkuje decyzje o warunkowym umorzeniu postępowania, która w razie pojednania się pokrzywdzonego ze sprawcą przestępstwa, z zachowaniem wymogów przewidzianych w art. 66 k.k., może dotyczyć czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności aż do lat 5³⁰. Pozytywnie zakończona mediacja może przyczynić się także do odpowiedniego łagodzenia wymiaru kary albo do odstąpienia od jej orzekania lub bezwarunkowego orzekania (wyrok warunkowo umarzający postępowanie). Zarazem brak wypracowania ugody mediacyjnej nie może wpłynąć na zaostrzenie kary, ponieważ koniecznym warunkiem mediacji jest jej dobrowolność.

Przepis art. 67 § 3 k.k. stanowi, że umarzając warunkowo postępowanie, sąd jest obowiązany wziąć pod uwagę wyniki porozumienia oskarżonego z pokrzywdzonym w kwestii naprawienia szkody lub zadośćuczynienia. Przyjmuje się zatem, że sąd, nakładając na oskarżonego obowiązek naprawienia szkody, powinien określić sposób oraz termin naprawienia szkody zgodny z ustaleniami stron zawartymi

²⁹ I. Dziugieł, *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, Szczytno 2004, s. 92.

³⁰ Zob. szerzej A. Murzynowski, *Rola mediacji w osiągnięciu sprawiedliwości w procesie karnym*, [w:] M. Fajst, M. Płatek (red.), *Sprawiedliwość naprawcza...*, s. 59–69.

w porozumieniu³¹. *A contrario* nie wiąże sądu wysokość szkody oraz zakres jej naprawienia, zatem kwestie te nie mogą być przedmiotem porozumienia. Ponadto, jak słusznie zauważa R. Stefański, w gestii sądu orzekającego leży ustalenie istoty przypisanego oskarżonemu czynu, w jego zakresie zaś mieści się wysokość powstałej szkody³². Powyższe rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, ponieważ zbytnia swoboda stron w ustalaniu wynikłej z przestępstwa szkody mogłaby doprowadzić do nadużyć i szafowania przez pokrzywdzonego niebotycznymi roszczeniami za cenę „polubownego” wygaszenia konfliktu.

Mając na względzie poczynione wyżej uwagi, należy przyjąć, że porozumienie może występować w formie pojednania, ugody oraz mediacji, przy czym możliwe są także inne, nieprzewidziane przez kodyfikację karne sposoby zawierania konsensusu. Tytułem przykładu można wskazać na konferencje sprawiedliwości naprawczej, które wymagają przyznania się sprawcy do winy i okazania skruchy oraz wyrażenia przez niego gotowości do naprawienia wyrządzonej szkody. W konferencji takiej uczestniczą poza pokrzywdzonym i sprawcą także bliskie im osoby oraz przedstawiciele społeczności lokalnej, natomiast prowadzący konferencję, odmiennie od mediatora, może wypowiadać swoje opinie³³. Tego typu forma wymaga jednak odpowiedniego przygotowania i zaplecza ekonomicznego, a przede wszystkim wykształcenia się w społecznościach lokalnych aktywnej postawy i chęci pomocy w budowaniu porozumienia między pokrzywdzonym a sprawcą. Wydaje się, że polskie społeczeństwo nie jest jeszcze gotowe na przyjęcie konferencji sprawiedliwości naprawczej jako alternatywnej formy rozwiązywania konfliktów.

Elementem instytucjonalnym warunkowego umorzenia postępowania, wpisującym się w nurt sprawiedliwości kompensacyjnej jest także przyznanie uprawnień pokrzywdzonemu w procesie stosowania warunkowego umorzenia postępowania na posiedzeniu sądu przed rozprawą.

³¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarze Zakamycza*, Kraków 2004, s. 904–905.

³² R. Stefański, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 1998, s. 341–342.

³³ M. Płatek, *Wstęp I...*, s. 19 i n.

Skierowanie sprawy na takie posiedzenie może nastąpić na skutek wniosku prokuratora, z urzędu po wpłynięciu aktu oskarżenia, gdy przewodniczący wydziału przewiduje taką możliwość, albo na wniosek stron, ich obrońców i pełnomocników. W posiedzeniu sądu mają prawo wziąć udział prokurator, oskarżony i pokrzywdzony. Ich udział jest natomiast obowiązkowy wówczas, gdy przewodniczący wydziału lub sąd tak zarządzi (art. 339 § 5 k.p.k., art. 341 § 1 k.p.k.). Kwestia decyzji co do obligatoryjnego udziału stron w posiedzeniu powinna być rozważona przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności konkretnej sprawy, a zwłaszcza tego, czy należy przeprowadzić czynności dowodowe oraz czy i w jakim zakresie udokumentowano w aktach sprawy istnienie porozumienia między pokrzywdzonym i oskarżonym w przedmiocie naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia³⁴. Warto bowiem pamiętać, że w niektórych sytuacjach od istnienia takiego porozumienia będzie zależała w ogóle sama dopuszczalność warunkowego umorzenia postępowania (art. 66 § 3 k.k.). W doktrynie postuluje się także, by w sytuacji braku takiego porozumienia sąd podejmował się próby jego osiągnięcia na posiedzeniu przy udziale obu stron konfliktu³⁵.

Wyrok warunkowo umarzający wydany na posiedzeniu zgodnie z dyspozycją art. 100 § 3 k.p.k. podlega doręczeniu stronom. Ponadto doręcza się go pokrzywdzonemu (art. 342 § 5 k.p.k.). Ustawa przyznaje pokrzywdzonemu także prawo do zaskarżenia apelacją wyroku warunkowo umarzającego postępowanie, wydanego na posiedzeniu (art. 444 k.p.k.). W powyższej sytuacji mamy zatem do czynienia z pewną osobliwością, prawo do zaskarżenia orzeczenia przyznane zostało bowiem podmiotowi, który nie jest stroną postępowania jurysdykcyjnego, i wynika ono z samego faktu pokrzywdzenia przestępstwem³⁶. Pokrzywdzony może także, obok prokuratora i oskarżonego, wziąć udział w posiedzeniu sądu w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania, co potwierdza, iż w tej fazie postępowania pokrzyw-

³⁴ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, s. 466.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ T. Koziół, *Warunkowe umorzenie...*, s. 167.

dzony uzyskał szczególne uprawnienia wzmacniające jego pozycję procesową.

Status pokrzywdzonego został wyeksponowany także na forum podejmowania decyzji w kwestii podjęcia postępowania warunkowo umorzonego oraz na etapie toczącego się na jej skutek procesu. Ustawa przyznała mu legitymację do wystąpienia z wnioskiem w sprawie podjęcia postępowania warunkowo umorzonego (art. 549 k.p.k.). Pokrzywdzony oraz jego pełnomocnik mają także zagwarantowane prawo uczestnictwa w posiedzeniu w przedmiocie pojęcia postępowania (art. 550 § 2 k.p.k.). Ponadto Kodeks postępowania karnego uprawnia pokrzywdzonego i jego pełnomocnika do zaskarżenia postanowienia w kwestii podjęcia warunkowo umorzonego postępowania (art. 550 § 3 k.p.k.). Należy zatem podzielić pogląd, że pokrzywdzony korzysta z praw strony w postępowaniu toczącym się na podstawie przepisu art. 549 i 550 k.p.k.³⁷

Współczesne prawo karne coraz więcej uwagi poświęca pozycji pokrzywdzonego w postępowaniu karnym oraz ochronie jego interesów, uwzględniając prawo do kompensacji.

Wydaje się zatem, że w świetle aktualnych przeobrażeń aksjologicznych systemu wymiaru sprawiedliwości należy dokonać także przewartościowania podstawowych zasad prawa karnego, w szczególności zaś rozważyć, czy nowoczesny proces karny powinien realizować założenie *nullum crimen sine poena*, czy raczej dążyć do skutecznienia postulatu *nullum crimen sine restitutio*³⁸.

³⁷ P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom 3*, Warszawa 2007, s. 360.HH

³⁸ A. Murzynowski, *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji w stosowaniu prawa karnego*, [w:] M. Fajst, M. Płatek (red.), *W kręgu...*, s. 203–216.

EMILIA MAĐRECKA

Stosowanie i wykonywanie tymczasowego aresztowania w świetle standardów Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – wybrane zagadnienia

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPCz)¹ stanowi obecnie jedno z najważniejszych uregulowań europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Najważniejszym bowiem gwarantem skuteczności każdej regulacji prawnej jest sprawny mechanizm egzekwowania i wykonywania prawa w znaczeniu materialnych praw i obowiązków. W przypadku przestrzegania EKPCz takim gwarantem jest Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. Głównym punktem odniesienia dla omówienia sytuacji procesowej i gwarancji respektowania praw człowieka osoby tymczasowo aresztowanej są nie tylko uregulowania samej EKPCz, ale także bogate orzecznictwo Trybunału w Strasburgu. Temat jest tym bardziej aktualny, że ponad 70% spraw z zakresu tymczasowego aresztowania Polska jako strona pozwana przegrywa. Przepis art. 6 ust. 1 EKPCz stanowi, że każdy ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie może być pozbawiony wolności, z wyjątkiem następujących przypadków i w trybie ustalonym przez prawo: a) zgodnego z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd; b) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w przypadku niepodporządkowania się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu lub w celu zapewnienia wykonania określonego w ustawie obowiązku; c) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania

¹ Konwencja z 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą, lub, jeśli to jest konieczne, w celu zapobieżenia popełnieniu takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu; d) pozbawienia nieletniego wolności na postawie zgodnego z prawem orzeczenia w celu ustanowienia nadzoru wychowawczego lub zgodnego z prawem pozbawienia nieletniego wolności w celu postawienia go przed właściwym organem; e) zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerzeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi; f) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania osoby w celu zapobieżenia jej nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa lub osoby, przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję. Natomiast każdy, kto został zatrzymany, powinien zostać niezwłocznie i w zrozumiałym języku poinformowany o przyczynach zatrzymania i o stawianych mu zarzutach (art. 5 ust. 2 EKPCz). Każdy zatrzymany lub aresztowany powinien ponadto zostać niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej, ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania. Zwolnienie może zostać uzależnione od udzielenia gwarancji zapewniających stawienie się na rozprawę (art. 5 ust. 3 EKPCz). Gwarantuje się również prawo odwołania do sądu od zatrzymania, aresztowania, w celu bezzwłocznego ustalenia przez sąd legalności pozbawienia wolności i zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności jest niezgodne z prawem. W przypadku niezgodności aresztowania z treścią art. 5 konwencji pokrzywdzonemu przysługuje prawo do odszkodowania (art. 5 ust. 4 EKPCz).

Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego musi jednak podlegać pewnym ograniczeniom w procesie karnym. Związane to jest ze sferą środków przymusu, które służą zagwarantowaniu realizacji celów procesu karnego. Środki przymusu, odgrywając więc rolę środków zabezpieczających prawidłowy przebieg procesu karnego, jednocześnie ograniczają prawa człowieka. Oskarżonemu przysługują jednak uprawnienia do korzystania z norm kompetencyjnych w celu

dochodzenia swoich praw, jeżeli są one ograniczone niezgodnie z normami ustawy².

Dopełnieniem wymogu gwarancji procesowych tymczasowo aresztowanego jest spełnienie standardu rzetelnego procesu z art. 6 EKPCz. Pod pojęciem *fair trial/ hearing* rozumie się zbiorczą zasadę postępowania, według której toczyć się ono musi przed sądem niezawisłym i bezstronnym, a strony muszą być informowane o istocie i przyczynie oskarżenia. W toku rozprawy strony muszą mieć równe prawa i jednakowe możliwości dochodzenia swoich racji zgodnie z zasadą „równości broni”, rozprawa zaś musi być publiczna. Orzeczenie powinno opierać się na dowodach przeprowadzonych na rozprawie i zawierać uzasadnienie, a strona posiada prawo przesłuchania świadków. Proces, w którym obowiązuje zasada domniemania niewinności, musi toczyć się w rozsądnym terminie, z zapewnieniem gwarancji kontroli instancyjnej. Oskarżony ma prawo do odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania obrony, bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę oraz do korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza. Ze względu na ramy niniejszego artykułu nie sposób dokonać szczegółowej analizy wszystkich elementów, składających się na sytuację procesową tymczasowo aresztowanego, w kontekście praw człowieka zapisanych w konwencji, nie mniej poruszone zostaną najbardziej aktualne problemy pojawiające się w praktyce stosowania tego izolacyjnego środka zapobiegawczego, ze szczególnym uwzględnieniem skarg kierowanych przeciwko Polsce.

W pierwszej kolejności na szczególną uwagę zasługuje problem, systematycznie poruszany w orzecznictwie strasburskim, tj. przewlekłości postępowań zarówno przygotowawczych, jak i sądowych, a także nadużywania i długoterminowości tego izolacyjnego środka zapobiegawczego. Problem długotrwałego tymczasowego aresztowania w głównej mierze jest wynikiem braku ustawowego określenia maksymalnego czasu trwania tego środka w polskim ustawodawstwie. Przepis art. 263 k.p.k. stanowi, że w postępowaniu przygotowaw-

² Z. Świda, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego a stosowanie zatrzymania i tymczasowego aresztowania w procesie karnym*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 747.

czym sąd, stosując tymczasowe aresztowanie, oznacza jego termin na okres nie dłuższy niż 3 miesiące, ze względu zaś na szczególne okoliczności sprawy, jeżeli nie można było ukończyć postępowania przygotowawczego we wskazanym terminie, można przedłużyć tymczasowe aresztowanie do 12 miesięcy. Natomiast łączny okres stosowania tymczasowego aresztowania do chwili wydania pierwszego wyroku przez sąd I instancji nie może przekroczyć 2 lat. Jednak § 4 art. 263 k.p.k. ustanawia kompetencję i właściwość sądu apelacyjnego do przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania na okres oznaczony, ponad wskazane terminy 12 miesięcy w postępowaniu przygotowawczym i 2 lat do momentu wydania pierwszego wyroku przez sąd I instancji. Sąd apelacyjny, w którego okręgu prowadzi się postępowanie, może dokonać przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania, na wniosek sądu, przed którym sprawa się toczy, a w postępowaniu przygotowawczym – na wniosek właściwego prokuratora bezpośrednio przełożonego wobec prokuratora prowadzącego lub nadzorującego śledztwo, jeżeli konieczność taka powstaje w związku z zawieszeniem postępowania karnego, czynnościami zmierzającymi do ustalenia lub potwierdzenia tożsamości oskarżonego, wykonywaniem czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawiłości lub poza granicami kraju, a także celowym przewleknięciem postępowania przez oskarżonego. Przesłanki przedłużenia tymczasowego aresztowania mają co prawda charakter wyjątkowy, tym nie mniej nadużywanie tej procedury jest powszechne.

Długości tymczasowego aresztowania nie można traktować jako samodzielnego wyznacznika jego zgodności z prawem. Jednakże wszystkie podstawy tymczasowego aresztowania muszą być relatywizowane przez pryzmat czasu aresztu³. Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że jakakolwiek antycypacja kary jest wykluczona. Negatywnie ocenił sytuacje, w których orzeczona kara nie odbiegała zasadniczo od stosowanego w trakcie postępowania tymczasowego aresztowania⁴. W sprawie Gąsiorowski przeciwko Polsce, gdzie sąd II instancji

³ M. Burchard, *Długość tymczasowego aresztowania w świetle orzeczeń ETPCz w sprawach przeciwko Polsce*, Palestra, 2007, s. 60.

⁴ Orzeczenie w sprawie Paszkowski v. Polska z 28 października 2005 r., skarga nr 42643/98, § 48.

uchylił wyrok sądu I instancji i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, ETPCz zauważył, iż okresy tymczasowego aresztowania będą podlegać reżimowi art. 5 ust. 3 EKPCz dopiero po ich zsumowaniu⁵. Trybunał niezmiennie utrzymuje, że poważne zarzuty ciężące na oskarżonym nie mogą same w sobie być podstawą dla długich aresztów. W konsekwencji także spodziewana wysoka kara nie przemawia za ryzykiem ucieczki lub ponownego popełnienia czynu na tyle, by usprawiedliwić długie okresy aresztu (do takich wniosków dojść można dopiero w przypadku warunków powrotu do przestępstwa)⁶. O ile zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania początkowo może usprawiedliwić tymczasowe aresztowanie, o tyle nawet znaczny stopień skomplikowania sprawy (np. zarzut obejmujący udział w zorganizowanej grupie przestępczej) nie stanowi przesłanki nieograniczonego czasowo wydłużania tymczasowego aresztowania⁷.

Zgodnie z art. 5 ust. 3 EKPCz każdy tymczasowo aresztowany ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania. Za rozsądny przyjmuje się taki okres tymczasowego aresztowania, który nie obciąża osoby korzystającej z domniemania niewinności bardziej, niż można tego w uzasadniony sposób oczekiwać. Ze względu na brak uniwersalnej długości tymczasowego aresztowania czas ten należy relatywizować w kontekście każdorazowych okoliczności stanu faktycznego i ewentualnej przewagi ochrony interesu publicznego nad wolnością osobistą człowieka. Wymaga się jednak od organów krajowych należytej staranności w prowadzeniu sprawy aresztowej⁸.

Kolejnym problemem, krytykowanym w orzecznictwie strasburskim, z jakim boryka się polski wymiar sprawiedliwości, w tym także praktyka stosowania tymczasowego aresztowania, jest przewlekłość

⁵ Orzeczenie w sprawie Gąsiorowski v. Polska z 17 października 2006 r., skarga nr 7677/02.

⁶ Orzeczenie w sprawie Kusyk v. Polska z 24 października 2006 r.

⁷ Orzeczenie w sprawie Klamecki II v. Polska z 4 kwietnia 2003 r., skarga nr 31583/96, oraz orzeczenie w sprawie Celejewski v. Polska z 4 maja 2006 r., skarga nr 17584/04.

⁸ M. Burchard, *op. cit.*, oraz powołane tam orzecznictwo Kudła v. Polska i Jabłoński v. Polska, s. 53.

postępowań zarówno przygotowawczych, jak i jurysdykcyjnych. ETPCz bowiem wyrokiem z 26 października 2000 roku, wydanym w sprawie Kudła v. Polska⁹, zobowiązał ustawodawcę polskiego do stworzenia takich środków prawnych, które pozwolą jeszcze na etapie krajowym na dochodzenie prawa strony do rozpoznania sprawy w „rozsądnym terminie” (zgodnie ze standardem konwencyjnym art. 6 EKPCz) oraz dochodzenia ewentualnego zadośćuczynienia. W cytowanym orzeczeniu Trybunał doszedł do wniosku, iż polskie prawo nie zapewniło żadnej drogi prawnej kwestionowania czasu trwania przeciągającego się postępowania karnego. Co prawda wnioskodawca A. Kudła skarżył się do Rzecznika Praw Obywatelskich, a także prezesa sądu apelacyjnego, ale żadna z wykorzystanych możliwości nie została uznana za skuteczną w rozumieniu art. 13 EKPCz (tj. prawa do skutecznego środka odwoławczego). Ustawa o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki z 17 czerwca 2002 roku¹⁰ ustanowiła krajowy instrument dochodzenia roszczeń wynikających z przewlekłości postępowania sądowego, a po wejściu w życie w maju 2009 roku nowelizacji¹¹ – także postępowania przygotowawczego.

W sprawach przewlekłości postępowania karnego, w którym stosowane jest tymczasowe aresztowanie, orzecznictwo pokazuje różnorodność, a zarazem relatywizację ze względu na okoliczności konkretnych spraw uznania bądź odmowy uznania obiektywnej przewlekłości. Tak np. Sąd Najwyższy uznał, iż nie narusza prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki rozpatrzenie przez Sąd Najwyższy w ciągu trzech miesięcy zażalenia na postanowienie o przedłużeniu stosowania aresztu tymczasowego wobec podejrzanego o popełnienie zabójstwa¹². Sąd Apelacyj-

⁹ B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kudły przeciwko Polsce*, Prokuratura i Prawo, 2001, nr 1, s. 119–125.

¹⁰ Dz.U. nr 179, poz. 1843.

¹¹ Ustawa z 20 lutego 2009 roku o zmianie ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U. z 2009 r., nr 61, poz. 498).

¹² Postanowienie SN z 14 stycznia 2005 r., III SSP 124/04, OSN 2005, nr 15, poz. 237.

ny w Katowicach stwierdził, iż pojęcie przewlekłości postępowania nie jest zależne wprost od długości toczącego się procesu i tym samym nie można dokonywać ocen tylko przez pryzmat czasu, jaki upłynął od momentu wniesienia aktu oskarżenia do wydania prawomocnego rozstrzygnięcia. Przewlekłość jest bowiem pojęciem mówiącym, iż jakieś zdarzenia czy stany są nadmiernie rozciągnięte w czasie, rozwleczone i przedłużają się. Prowadzenie rozprawy odroczonej od początku czy składanie wniosków o wyłączenie sędziego i wnoszenie dużej liczby zażaleń na incydentalne decyzje sądu, a także przeprowadzone postępowanie kasacyjne – w sposób oczywisty i naturalny musiały spowodować wydłużanie się czasu trwania postępowania, które żadną miarą nie może być jednak uznane za bezczynność sądu, a jedynie jest oczywistą konsekwencją wykorzystywania przez strony określonych instrumentów prawnych¹³.

Zdecydowaną krytykę przewlekłości polskich postępowań karnych, zwłaszcza tych, w których toku stosuje się tymczasowe aresztowanie, można odnaleźć w orzecznictwie strasburskim. Trybunał w sprawie Matwiejczuk przeciwko Polsce¹⁴ stwierdził, że mimo iż ogólna długość postępowania może nie wydawać się nadmierna, w sprawie karnej okres 18 miesięcy bez przeprowadzenia rozprawy ujawnia brak staranności wymaganej w takich sprawach. Długość postępowania została przez ETPCz uznana za niespełniającą wymogu rozsądnego terminu art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Kolejnym ważnym zagadnieniem jest prawo do obrony tymczasowo aresztowanego. Z art. 6 ust. 3 EKPCz wynikają trzy gwarancje: prawo do obrony w sensie materialnym (do bronięcia się samemu); prawo do obrony w sensie formalnym (do korzystania z pomocy wybranego przez siebie obrońcy); prawo do bezpłatnego obrońcy z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości¹⁵. ETPCz w sprawie

¹³ Postanowienie SA w Katowicach z 9 lutego 2005 r., II S 2/05, Biuletyn – Orzecznictwo SA w Katowicach, 2005, nr 1, s. 15–16.

¹⁴ Orzeczenie w sprawie Matwiejczuk przeciwko Polsce z 2 grudnia 2003 r., skarga nr 37641/97.

¹⁵ P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 259.

Yurttas przeciwko Turcji¹⁶ podkreślił niezbędność pomocy adwokata szczególnie w stosunku do osoby pozbawionej wolności, a także temporalnie – od pierwszej fazy postępowania karnego (tzn. od przedstawienia zarzutów). Ponadto korzystanie przez oskarżonego z profesjonalnego pełnomocnika nie wyłącza możliwości osobistego, czynnego udziału w procesie. Przykładem takiego skutecznego udziału oskarżonego w procesie jest prawo do sporządzania notatek, w celu ułatwienia obrony¹⁷. Sam fakt, że skarżący podpisał oświadczenie, że nie chce korzystać z pomocy adwokata, nie oznacza braku potrzeby zapewnienia mu odpowiedniego czasu i możliwości skutecznego osobistego przygotowania się do procesu¹⁸. Oskarżony ma niewątpliwie prawo wyboru obrońcy. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Art. 6 ust. 3 lit. c konwencji nie gwarantuje oskarżonemu prawa wyboru obrońcy z urzędu ani nawet prawa domagania się, aby sąd skonsultował się z nim przed podjęciem decyzji. Nie może on żądać zmiany obrońcy z urzędu po jego ustanowieniu, chyba że zaistnieją odpowiednio uzasadnione powody. Nie ma też prawa domagania się, aby obrońca z urzędu realizował określoną linię obrony, jeżeli uważa, że jest ona nieuzasadniona¹⁹.

W przypadku natomiast, gdy oskarżony nie chce bronić się osobiście (a osobistej obrony sąd nie może mu nakazać), należy zagwarantować pomoc obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości. Dobro wymiaru sprawiedliwości, jako swoistą klauzulę generalną, interpretuje się przez pryzmat praktyki konkretnego państwa oraz okoliczności indywidualnej sprawy. Ciężar gatunkowy sprawy, problemy prawne oraz stopień złożoności w sferze faktów czy też powszechnie utrwalona w systemach prawnych państw członkowskich Rady Europy praktyka korzystania z pomocy obrońcy w fazie apelacyjnej postępowania – mogą stanowić dyrektywy interpre-

¹⁶ Orzeczenie Yurttas v. Turcja z 27 maja 2004 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 25143/94 i 2777098/95, § 76.

¹⁷ Orzeczenie Matyjek v. Polska z 24 kwietnia 2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 38184/03.

¹⁸ Orzeczenie Galstayan v. Armenia z 15 listopada 2007 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 26986/03, § 86.

¹⁹ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 325.

tacyjne²⁰. Przykładem, kiedy interes wymiaru sprawiedliwości wymaga zagwarantowania bezpłatnej pomocy prawnej, jest stan faktyczny postępowania kasacyjnego, będący podstawą wydania orzeczenia w sprawie R.D. przeciwko Polsce²¹. ETPCz stwierdził jednoznacznie, że skomplikowany charakter procedury kasacyjnej wymaga zarówno wiedzy prawniczej, jak i doświadczenia w zakresie podnoszenia podstaw kasacji. Trybunał w Strasburgu w przedmiotowej sprawie stwierdził również naruszenie standardu rzetelnego procesu (art. 6 EKPCz) w zakresie naruszenia prawa strony do pomocy adwokata finansowanego przez państwo. Oskarżonemu wyznaczono kolejno dwóch obrońców z urzędu na potrzeby postępowania przed I i II instancją. W dniu 9 grudnia 1996 roku wnioskodawcy skargi doręczono orzeczenie sądu II instancji z uzasadnieniem, co było jednoznaczne z rozpoczęciem biegu 30-dniowego terminu do wniesienia kasacji. Dopiero jednak 23 grudnia 1996 ten sam sąd apelacyjny (*sensu stricto* prezes tego sądu) odmówił ustanowienia obrońcy na potrzeby postępowania kasacyjnego, argumentując zarządzenie niewykazaniem aktualnej sytuacji majątkowej wnioskodawcy. Zarządzenie zostało doręczone 31 grudnia 1996 roku, termin natomiast do wniesienia kasacji upłynął 9 stycznia 1997 roku. Przymus adwokacko-radcowski wymagany do sporządzenia kasacji nie daje oskarżonemu wyboru, a wręcz wymusza obronę formalną, ta zaś nie może być realizowana ze względu na trudną sytuację materialną. ETPCz uznał, że dokumentacja sprawy nie wykazała, iż po upływie dwóch i pół miesiąca sytuacja finansowa wnioskodawcy uległa jakiegokolwiek poprawie. Trybunał uznał w przedstawionym stanie faktycznym realizację prawa do obrony za iluzoryczną²². Pomoc prawna otrzymywana z urzędu, ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości, musi być pomocą rzeczywistą i efektywną. Państwo nie może ponosić odpowiedzialności za każdą niestaranność obrońcy. Trybunał stwierdził, że władze mają obowiązek interweniować jedynie w razie rażącego niedopełnienia obowiązków przez adwokata, pod warunkiem

²⁰ *Ibidem*, s. 322, 323.

²¹ Orzeczenie R.D. v. Polska z 18 grudnia 2001 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 34612/97, § 48.

²² B. Gronowska, *Wyrok ETPCz w Strasburgu z dnia 18 grudnia 2001 r. w sprawie R.D. przeciwko Polsce*, Prokuratura i Prawo, 2002, z. 5, s. 133–138.

wystarczającej znajomości sprawy²³. Dopełnienie prawa do obrony osoby tymczasowo aresztowanej, a zarazem kolejny element rzetelnego procesu, stanowi prawo do niezwłocznej informacji o istocie i przyczynie oskarżenia oraz zasada domniemania niewinności. Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma prawo do niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia (art. 6 ust. 3 lit. a EKPCz). Domniemanie niewinności oskarżonego obowiązuje do czasu udowodnienia mu winy zgodnie z ustawą (art. 6 ust. 2 ETPCz), czyli aż do zakończenia postępowania odwoławczego dotyczącego orzeczenia o winie. Ciężar dowodu spoczywa na oskarżeniu, a każda wątpliwość powinna być tłumaczona na korzyść oskarżonego (*in dubio pro reo*). Trybunał wielokrotnie podkreślał, że żądanie przez sąd od oskarżonego wyjaśnień, przy braku przeciwko niemu przekonujących dowodów z pierwszej ręki, oznacza przeniesienie ciężaru dowodu z oskarżenia na obronę i w rezultacie naruszenie domniemania niewinności²⁴. Sprzeczne z tą zasadą jest również przesądzenie przez sędziego o winie już w postanowieniu o tymczasowym aresztowaniu, w toku śledztwa²⁵. Wymiar domniemania niewinności powinien dotyczyć praw proceduralnych nie tylko w postępowaniu karnym, ale również w toku innych postępowań²⁶, oraz rozciągnąć się np. na reżim prawny określający prawa aresztowanych, łącznie ze sposobem traktowania ich przez administrację więzienną²⁷.

Naruszenia zasady domniemania niewinności w przeważającej większości nie dopuszcza się sąd, ale media i władze uprawnione do informowania opinii publicznej. Wszelakie informacje tego rodzaju

²³ Decyzja Rutkowski v. Polska z 19 października 2000 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 45995/99.

²⁴ Orzeczenie Telfner v. Austria z 20 marca 2001 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 33501/96, § 5.

²⁵ Orzeczenie Garycki v. Polska z 6 lutego 2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 14348/02.

²⁶ Orzeczenie Vassilos Stavropoulos v. Grecja z 27 września 2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 35522/04, § 39.

²⁷ Orzeczenie Iwańczuk v. Polska z 15 listopada 2001 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 25196/94, § 53.

powinny być pozbawione ocen, nie mogą przesądzać o winie²⁸. Istotne znaczenie dla wykonywania prawa do obrony w aspekcie materialnym i formalnym ma także możliwość zapoznania się z informacjami na temat postępowania karnego oraz z aktami tego postępowania przez podejrzanego lub obrońcę, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, postępowania sądowego o charakterze incydentalnym w toku postępowaniu przygotowawczego, jak i postępowania sądowego *sensu stricto*.

Z potrzeby zagwarantowania przeprowadzenia skutecznego śledztwa (dochodzenia) może wynikać konieczność utrzymania w tajemnicy części zebranych podczas śledztwa informacji w celu zapobiegnięcia wpływaniu na dowody przez podejrzanych i zakłócaniu przebiegu procesu, ten skądinąd słuszny cel nie może jednak zostać osiągnięty kosztem istotnych ograniczeń prawa do obrony²⁹. ETPCz w sprawie *Wedler przeciwko Polsce*³⁰ uznał, że dostęp do akt sprawy potrzebny jest do zagwarantowania aresztowanemu możliwości skutecznego zakwestionowania dowodu, na którym oparta była decyzja o zastosowaniu aresztu tymczasowego. Takie wymogi wynikają z prawa do procesu kontradiktoryjnego określonego przez art. 6 EKPCz, które to prawo oznacza, że zarówno oskarżycielowi, jak i obronie należy przyznać możliwość uzyskania informacji i odniesienie się do przedstawionych uwag i przytoczonych dowodów przez drugą stronę. Przepis art. 6 EKPCz należy odnieść także do postępowania przedprocesowego, a ze względu na istotny ujemny wpływ pozbawienia wolności na fundamentalne prawa jednostki postępowanie to w jak najszerszym zakresie powinno spełniać wymogi rzetelnego procesu. Mimo że prawo krajowe może zaspokoić tego rodzaju wymóg na różne sposoby, jakkolwiek przyjęta metoda powinna zagwarantować, aby druga strona była świadoma istnienia przedstawionych uwag i miała rzeczywistą możliwość odniesienia się do nich.

²⁸ Orzeczenie *Y.B. i inni v. Turcja* z 28 października 2004 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 48173/99 i 48319/99.

²⁹ P. Kardas, *Standard rzetelnego procesu a prawo wglądu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania, czyli historia jednej nowelizacji*, Prokuratura i Prawo, 2010, nr 1–2, s. 92.

³⁰ Orzeczenie w sprawie *Wedler v. Polska* z 27 maja 2003 r., skarga nr 44115/98.

Konwencyjny standard rzetelności i „równości broni” nie stwarza wymogu, aby udostępniono tymczasowo aresztowanemu całość materiałów śledztwa lub dochodzenia. Jednakże podejrzany i jego obrońca powinni mieć dostęp do akt postępowania przygotowawczego w takim zakresie, który gwarantowałby obronie skuteczne podważenie zasadności i legalności tymczasowego aresztowania. Ogólne uregulowanie dostępu podejrzanego i jego obrońcy do akt sprawy w postępowaniu przygotowawczym, zawarte zostało w art. 156 § 5 k.p.k. Stosowanie do wymienionego przepisu w toku postępowania przygotowawczego stronom, a zatem podejrzanemu i jego obrońcy, udostępnia się akta, umożliwia sporządzenie odpisów i kserokopii oraz wydaje odpłatnie uwierzytelnione odpisy lub kserokopie tylko za zgodą prowadzącego postępowanie przygotowawcze. W zależności od organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze (może nim być prokurator, policja albo inny uprawniony organ) legitymowanym do wyrażenia zgody na udostępnienie akt sprawy podejrzanemu będzie funkcjonariusz tego organu (art. 93 § 3 k.p.k.). Na odmowę udostępnienia akt w postępowaniu przygotowawczym stronom przysługuje zażalenie, a na zarządzenie prokuratora zażalenie przysługuje do prokuratora bezpośrednio przełożonego (art. 159 k.p.k.). Decyzja o odmowie dostępu do akt sprawy nie jest decyzją merytoryczną, dlatego wymaga formy zarządzenia (art. 112¹ regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek prokuratury). Nie ma przeszkód, aby decyzją odmowną objąć jedynie część akt albo poszczególne dokumenty. Podejrzany w każdej chwili może ponowić wniosek o dostęp do akt sprawy.

W art. 156 § 5 k.p.k. ustawodawca nie wskazał żadnych przesłanek odmowy udostępnienia akt, jak chociażby „interes śledztwa”. Analogicznie, okolicznością odmowy mogłoby być niebezpieczeństwo ujawnienia tajemnicy państwowej (mimo że art. 156 § 4 k.p.k. wprost stosuje się jedynie do postępowania jurysdykcyjnego). Znaczna swoboda we wskazaniu podstawy faktycznej decyzji odmawiającej dostępu do akt sprawy podlega kontroli instancyjnej prokuratora bezpośrednio przełożonego albo prokuratora sprawującego nadzór nad tym postępowaniem, w przypadku gdy decyzje podjął nieprokuratorski organ postępowania karnego. Wobec kontroli instancyjnej decyzji organ podejmujący decyzję obowiązany jest do sporządzenia uzasadnienia (art. 99 § 2

k.p.k.). Kontrola ta ma jednak charakter iluzoryczny, z powodu braku pozytywnych przesłanek decyzji o odmowie udostępnienia akt³¹. P. Wiliński wskazuje, iż zachowanie samego podejrzanego może wywołać odmowną decyzję w zakresie dostępu do akt sprawy, na przykład ryzyko przedwczesnego ujawnienia dowodów, ich zniekształcenia, utraty (zwłaszcza zastraszania świadków i współpodejrzanych), eliminacja, niszczenie dowodów rzeczowych, wytwarzanie fałszywych dowodów, a także szczególnie naganna postawa wobec obowiązków, ukrywanie się, wyjazd za granicę³². Samo zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego, jakim jest tymczasowe aresztowanie (o charakterze *ultima ratio*), między innymi w celu zabezpieczenia prawidłowego toku procesu karnego wyłącza lub powinno wyłączyć wystąpienie szeroko pojętego mactwa dowodowego po zastosowaniu tego środka. W związku z tym, tak przykładowo skatalogowane okoliczności byłyby bezprzedmiotowe w kontekście dostępu do akt tymczasowo aresztowanego. W omawianym kontekście na uwagę zasługuje wypowiedź Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu stwierdzająca, że kontrolując postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania, sąd nie może być zwolniony od oceny, czy odmowa dostępu do akt śledztwa nie narusza fundamentalnego prawa osoby tymczasowo aresztowanej do realnej możliwości kontroli zasadności pozbawienia wolności³³.

ETPCz wielokrotnie podkreślał, że brak dostępu obrońcy tymczasowo aresztowanego do dokumentów w aktach sprawy, które mają istotne znaczenie dla efektywnego podważenia zasadności tymczasowego aresztowania podejrzanego³⁴, a także niedoręczenie kopii wniosku prokuratora w przedmiocie przedłużenia tymczasowego aresztowania – powodują brak gwarancji zasady „równości broni”³⁵. Istotny przełom

³¹ J. Skorupka, *Udostępnienie akt sprawy podejrzanemu*, Prokuratura i Prawo, 2007, nr 5, s. 65–66.

³² P. Wiliński, *Odmowa dostępu do akt sprawy w postępowaniu przygotowawczym*, Prokuratura i Prawo, 2006, nr 11, s. 81.

³³ Postanowienie SA we Wrocławiu z 23 sierpnia 2007 r., II AKz 412/07, Lex nr 301497.

³⁴ Wyrok w sprawie Schops v. Niemcy z 13 lutego 2001 r., skarga nr 25116/94.

³⁵ Wyrok II Izby ETPCz w sprawie Osvath v. Węgry z 5 lipca 2005 r., skarga nr 20723/02.

w kwestii dostępu podejrzanego do akt sprawy w procedurze *habeas corpus* spowodował wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 czerwca 2008 roku³⁶. TK uznał art. 156 § 5 k.p.k. w zakresie, w jakim umożliwia arbitralne wyłączenie tych materiałów postępowania przygotowawczego, które uzasadniają wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania, za niezgodny z art. 2 (tj. z zasadą przyzwoitej legislacji) oraz art. 42. ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (tj. z zasadą prawa do obrony). Wyrok TK wydany został w związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich. Trybunał podzielił opinię wnioskodawcy, podnosząc jednocześnie dwa zasadnicze argumenty: po pierwsze „brak określenia przesłanek, którymi powinien kierować się organ prowadzący postępowanie”, oraz po drugie brak sprecyzowania przez ustawodawcę w przepisach kodeksu postępowania karnego, „co należy rozumieć przez zawarte w art. 156 § 5 k.p.k. akta sprawy sądowej”. Kwestie te przesądziły zdaniem Trybunału, że regulacja umożliwia dowolną interpretację przez organ prowadzący postępowanie przygotowawcze okoliczności decydujących o wyrażeniu zgody na udostępnienie podejrzanemu i jego obrońcy akt bądź określonych materiałów tego postępowania.

Trybunał zaakceptował niekonstytucyjność art. 156 § 5 k.p.k. w zakresie, w jakim umożliwia arbitralne, a więc nie oparte na żadnych przesłankach, rozstrzygnięcie o odmowie dostępu do akt sprawy, w uzasadnieniu statuuje natomiast zasadę jawności tej części materiału, która stanowi uzasadnienie wniosku prokuratora, stwierdzając, że w razie zainicjowania przez prokuratora postępowania incydentalnego w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania, oskarżony, którego dotyczyć ma ten środek zapobiegawczy, ma prawo wglądu do materiałów postępowania przygotowawczego, które stanowią uzasadnienie wniosku prokuratora³⁷.

W przypadku natomiast postępowania jurysdykcyjnego przepis art. 156 § 1 k.p.k. przewiduje pełną realizację konwencyjnej zasady „równości broni” i kontrydiktoryjności między oskarżycielem a podejrza-

³⁶ Wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK ZU 5A/2008, poz.77.

³⁷ P. Kardas, P. Wiliński, *O niekonstytucyjności odmowy dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, Palestra, 2008, z.7–8. s. 27–28.

nym. Między innymi stronom, obrońcom i przedstawicielom ustawowym udostępnia się akta sprawy sądowej i daje możliwość sporządzenia z nich odpisów. Na wniosek oskarżonego lub jego obrońcy wydaje się odpłatnie kserokopie dokumentów z akt sprawy. Oskarżonemu na jego żądanie należy wydać bezpłatnie jeden uwierzytelniony odpis każdego orzeczenia.

W przypadku niezgodności aresztowania z treścią art. 5 konwencji pokrzywdzonemu przysługuje prawo do odszkodowania (art. 5 ust. 4 EKPCz). Ten standard konwencyjny w polskim kodeksie postępowania karnego zapewnia instytucja odszkodowania za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie (art. 552–559 k.p.k.). Sąd Najwyższy uznał, że jakiegokolwiek odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub aresztowanie, dochodzone w trybie art. 487–491 d.k.p.k. (obecnie art. 552–556 k.p.k.), ma charakter kompensacyjny, jest instytucją prawa karnego i w związku z tym zasady zasądzenia tego odszkodowania, określone przepisach karnoprosesowych, zachowują szereg odrębności w stosunku do zasad obowiązujących w razie jego dochodzenia na podstawie przepisów prawa cywilnego³⁸.

Odpowiedzialność Skarbu Państwa oparta została na zasadzie ryzyka. Przesłankami materialnoprawnymi dochodzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia są: istnienie prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, w której stosowano tymczasowe aresztowanie; niewątpliwa niesłuszność tego środka zapobiegawczego; szkoda materialna lub niematerialna oraz związek przyczynowy między tymczasowym aresztowaniem a powstałą szkodą. Co do zasady roszczenia takie przedawniają się z upływem roku od daty uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie (art. 555 k.p.k.). Roszczenie o odszkodowanie lub zadośćuczynienie nie przysługuje jednak temu, kto w zamiarze wprowadzenia w błąd sądu lub organu ścigania złożył fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa lub fałszywe wyjaśnienia i spowodował tym niekorzystne dla siebie orzeczenie w przedmiocie tymczasowego aresztowania (art. 553 § 1 k.p.k.). Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał

³⁸ Postanowienie z 29 kwietnia 1991 r., V KRN 475/90, OSNKW 1991, nr 10–12, poz. 52.

jednak, że wprowadzie w kontekście art. 5 ust. 5 Konwencji status „ofiary” może wchodzić w grę nawet tam, gdzie nie ma żadnej szkody, nie może być jednak żadnej kwestii „odszkodowania” tam, gdzie nie ma żadnej pieniężnej czy niepieniężnej szkody do zrekompensovania³⁹. Trybunał, w kontekście krzywdy jako szkody niematerialnej, wywiódł, że sprawiedliwe zadośćuczynienie może zostać przyznane jedynie w odniesieniu do szkody wynikłej z pozbawienia wolności, której skarżący nie doznałby, gdyby miał możliwość korzystania z proceduralnych gwarancji art. 5 Konwencji, i w zależności od okoliczności dochodził do konkluzji, że uznanie, iż prawo zostało naruszone, stanowi wystarczająco słuszne zadośćuczynienie za jakąkolwiek poniesioną szkodę niematerialną⁴⁰.

Na uwagę zasługuje również realizacja zasady humanitaryzmu w toku wykonywania środka zapobiegawczego, tj. poszanowanie godności ludzkiej skazanego wraz z zakazem stosowania tortur lub nieludzkiego albo poniżającego traktowania i karania osoby tymczasowo aresztowanej (art. 4 Kodeksu karnego wykonawczego oraz art. 3 EKPCz). Istotny problem stanowi przeludnienie jednostek penitencjarnych, a w związku z tym niedopełnianie wymogu 3 m² jako minimalnej powierzchni mieszkalnej w celi (art. 214 § 1 w związku z art. 110 § 2 k.k.w.) oraz minimalnych warunków sanitarno-medycznych. ETPCz w sprawie Mielnik przeciwko Ukrainie⁴¹ stwierdził, że brak należytej opieki medycznej, zwłaszcza w połączeniu z przeludnieniem, złymi warunkami sanitarnymi i brakiem aktywności poza celą, stanowi naruszenie art. 3 EKPCz. Natomiast w sprawie Iwańczuk przeciwko Polsce⁴² Trybunał uznał za naruszenie art. 3 EKPCz uzależnienie realizacji prawa wyborczego od poddania się przez tymczasowo aresztowanych

³⁹ Wassink przeciwko Niderlandom, wyrok z 27 września 1990 r., sprawa nr 12535/86, *Orzecznictwo Strasburskie*, tom I, s. 54, 120, 146.

⁴⁰ Migoń przeciwko Polsce, wyrok z 25 czerwca 2002 r., sprawa nr 24244/94, baza Lex, nr 53649; Włoch przeciwko Polsce, wyrok z 19 września 2000 r., sprawa nr 27785/95, baza Lex, nr 42800; Kawka przeciwko Polsce, wyrok z 9 stycznia 2001 r., sprawa nr 25874, baza Lex, nr 44917.

⁴¹ Orzeczenie w sprawie Mielnik v. Ukraina z 28 marca 2006 r., skarga nr 72286/01.

⁴² Orzeczenie w sprawie Iwańczuk v. Polska z 15 listopada 2001 r., skarga nr 25198/94.

przeszukaniu osobistemu, polegającemu na rozebraniu się do naga w obecności czterech funkcjonariuszy. Strażnicy więzienni w sposób kpiący i szyderczy komentowali każdą z osób. Wnioskodawca odmówił rozebrania się do naga, w związku z czym nie wziął udziału w wyborach parlamentarnych. Na problemy praktyki wykonywania tymczasowego aresztowania w Polsce, zwłaszcza w kontekście kobiet w ciąży zwrócił uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich w swych systematycznych wystąpieniach i listach kierowanych do Ministra Sprawiedliwości⁴³. Sytuację taką obrazuje przypadek badany w biurze RPO – Marii S., podejrzanej o popełnienie przestępstwa gospodarczego, wobec której zastosowano areszt tymczasowy po trwającym półtora roku poręczeniu. Izolacja tej osoby od świata zewnętrznego była tak duża, że prokurator uzależnił od wydanego wcześniej przez siebie zezwolenia nawet kontakt tymczasowo aresztowanej z przedstawicielem Rzecznika Praw Obywatelskich, który przyjechał do niej w związku ze złożoną skargą. Decyzją tą naruszono zarówno art. 13 ust. 1 pkt. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich⁴⁴, jak i art. 102 pkt 10 w związku z art. 214 k.k.w. Przepisy te przyznają bowiem Rzecznikowi prawo do zbadania, nawet bez uprzedzenia, każdej sprawy na miejscu, a osobie tymczasowo aresztowanej prawo do przedstawiania Rzecznikowi wniosków, skarg i prośb w nieobecności innych osób. Mimo tych trudności ustalono, że zatrzymania i tymczasowego aresztowania Marii S. dokonano na niespełna 2 tygodnie przed ustalonym dla niej terminem porodu. Jeszcze w tym samym dniu była ona konwojowana na trasie Kraków–Katowice i Katowice–Grudziądz. Osadzenia w oddziale ginekologiczno-położniczym Szpitala przy Zakładzie Karnym Nr 1 w Grudziądzu dokonano na podstawie przepisów § 33 ust. 2, 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania kar i środków przymusu skutkujących pozbawienie wolności

⁴³ J. Kochanowski, *Instytucja tymczasowego aresztowania – stosowanie i wykonywanie w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2007 [www.brpo.gov.pl pliki/1172156356.pdf], s. 26–28.

⁴⁴ Ustawa z 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tekst jednolity: Dz.U. z 2001 r., nr 14, poz. 147).

oraz dokumentowanie tych czynności⁴⁵, jak również art. 260 k.p.k. w zakresie, w jakim mają zastosowanie do kobiet w zaawansowanej ciąży. Przepisy tego rozporządzenia wskazują, że przyjęcie do aresztu śledczego lub zakładu karnego kobiety od 28. tygodnia ciąży powinno mieć charakter wyjątkowy. Analiza omawianego w biurze Rzecznika Praw Obywatelskich przypadku tymczasowo aresztowanej potwierdziła niehumanitarne i okrutne traktowanie oraz przeprowadzanie w ten sposób niektórych czynności procesowych. Konwojowanie w porze nocnej odbyło się bez uprzedniego badania lekarskiego, którego nie przeprowadzono bezpośrednio po przyjęciu na oddział szpitalny. O przesłuchaniu tymczasowo aresztowanej zdecydowano w ostatnim tygodniu przed porodem i nie odstąpiono od jego przeprowadzenia w szpitalu pomimo porodu w toku. Mąż oraz najbliższa rodzina w okresie około 2 miesięcy nie otrzymali zgody na widzenie, nawet przy założeniu obecności przedstawiciela Prokuratury. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich całościowy obraz sytuacji interweniującej w jego biurze tymczasowo aresztowanej wyraźnie naruszył przepis art. 3 EKPCz oraz art. 30 i 40 Konstytucji.

Z dokumentacji prowadzonej na jedynym w Polsce oddziale ginekologiczno-położniczym Szpitala przy Zakładzie Karnym Nr 1 w Grudziądzu wynika, że przyjmowanie do tej placówki więziennej kobiet od 28 tygodnia ciąży nie ma charakteru wyjątkowego. W 2006 r. przewieziono tam 24 kobiety w 28. tygodniu ciąży lub w ciąży jeszcze bardziej zaawansowanej na 69 przyjętych ciężarnych, a więc aż 35% ogółu przyjętych. Natomiast w latach poprzednich odpowiednio: w 2002 r. – 20 na 50 (40%), w 2003 r. – 19 na 44 (43%), w 2004 r. – 16 na 49 (33%) i w 2005 r. – 17 na 42 (40%)⁴⁶. Były wśród nich tymczasowo aresztowane. Przedstawicielowi Rzecznika nie podano informacji o tym: ile kobiet w tak zaawansowanej ciąży zostało osadzonych w warunkach więziennych bezpośrednio po wydaniu decyzji o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. Rzecznik Praw Obywatelskich

⁴⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 13 stycznia 2004 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowanie tych czynności (Dz.U. nr 15, poz. 142).

⁴⁶ J. Kochanowski, *op. cit.*, s. 27.

uznał szczególnie negatywne konsekwencje zdrowotne zarówno dla samej kobiety, jak i jej dziecka. W związku z powyższym Rzecznik zwrócił się do Ministra Sprawiedliwości o taką zmianę przepisów cytowanego wyżej rozporządzenia, która całkowicie wyeliminuje możliwość przyjmowania do aresztu śledczego (także zakładu karnego) kobiet od 28. tygodnia ciąży. Wobec tych kobiet mogą być zastosowane inne instytucje prawa karnego. W odniesieniu do podejrzanych o popełnienie przestępstwa – inne niż tymczasowe aresztowanie środki zapobiegawcze.

Wolność sumienia i wyznania w świetle przepisów polskiego Kodeksu karnego wykonawczego

Wolności sumienia i wyznania (religii)¹ zagwarantowana przez art. 53 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. jest niewątpliwie podmiotowym prawem każdej jednostki przebywającej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Uprawnia ono jednostkę do żądania ograniczenia ingerencji władzy państwowej utrudniającej lub też całkowicie uniemożliwiającej swobodną działalność człowieka w obu tych sferach². Oczywiście wydaje się fakt, iż w pewnych sytuacjach jednostka nie może korzystać ze swoich wolności i praw w sposób nieograniczony, co rodzi konieczność pewnego wpływu państwa na jej sytuację. Konstytucja RP ogólnie formułuje możliwość nałożenia takich ograniczeń w art. 31 pkt. 3, stanowiącym, iż mogą one być ustanawiane tylko w drodze ustawy i tylko w przypadku, gdy jest to konieczne dla bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo praw i wolności innych osób; co więcej, ograniczenia te zgodnie z zawartą w omawianym przepisie zasadą proporcjonalności nie mogą naruszać istoty tych praw i wolności³. Z tego też względu

¹ W tym miejscu należy wyjaśnić, iż na potrzeby niniejszego artykułu używać będę sformułowania wolność sumienia i wyznania, gdyż wydaje się ono najbardziej adekwatne do treści omawianej wolności, a nie, jak wynika z literalnego brzmienia art. 53 Konstytucji, wolność religii albo – jak przyjęte jest powszechnie w aktach prawa międzynarodowego – wolność myśli, sumienia i wyznania. Por. K. Pyclik, *Wolność sumienia i wyznania w Rzeczypospolitej Polskiej (założenia filozoficzno-prawne)*, [w:] B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 457–461.

² Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 101.

³ Szerzej o możliwości ograniczania praw i wolności – zob. *ibidem*, s. 96–101, oraz B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2008, s. 470–474.

w aktach rangi ustawy konieczne jest unormowanie kwestii praw i wolności jednostki oraz przypadków i warunków ich ograniczania.

W moim przekonaniu interesująco prezentuje się kwestia wolności sumienia i wyznania oraz jej ograniczeń w przepisach polskiego Kodeksu karnego wykonawczego z 6 czerwca 1997 r.⁴, jak również w przepisach aktów niższego rzędu, do których ustawa ta wyraźnie odsyła⁵. Poza wspomnianą już problematyką w niniejszym artykule chciałabym poruszyć też kwestię tak zwanych „więźniów sumienia” i ich praw wynikających z religijnego charakteru popełnionych przez te osoby przestępstw.

Na wstępie warto postawić pytanie, czym w ogóle jest omawiana wolności na gruncie polskiego prawa konstytucyjnego. Większość autorów⁶ uznaje, iż wolność sumienia i wyznania składa się z kilku podstawowych elementów, a w tym:

- możliwości przyjmowania, praktykowania publicznie i prywatnie oraz zmiany wybranej przez siebie religii,
- życia w zgodzie z zasadami przez nią głoszonymi oraz swobody jej uzewnętrzniania przez indywidualne lub zbiorowe uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach religijnych czy też naukę zasad i dogmatów wybranej religii.
- możliwość posiadania miejsc kultu i świątyń.

Istotny z tego punktu widzenia jest także gwarantowany konstytucyjnie zakaz zmuszania kogokolwiek do uczestniczenia lub nieuczestniczenia w praktykach religijnych oraz zakaz zmuszania kogokolwiek do ujawniania swojej wiary. Samo pojęcie sumienia – w przeciwieństwie do wyznania (religii) – nie ma w Konstytucji aż tak szerokiego i wyraźnego określenia, można jednak przyjąć, że odnosi

⁴ Dz.U. nr 90, poz. 557, z późn. zm.

⁵ Mowa tutaj w szczególności o Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 września 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz.U. nr 159, poz. 1546).

⁶ Na przykład: M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2010, s. 21–49; K. Pyclik, *op. cit.*, s. 456–457; Z. Łyko, *Wolność sumienia i wyznania w relacji: człowiek–kościół–państwo*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 82–87.

się do wszelkiej aktywności światopoglądowej człowieka, poczynając od jego poglądów moralnych i filozoficznych a na społecznych kończąc. Wolność ta jest bardzo istotna w odniesieniu do osób, które nie wyznają żadnej religii, czyli ateistów, gdyż daje im w zasadzie taką samą swobodę wyrażania swoich przekonań, a także możliwość nie ujawniania ich, jak w przypadku osób identyfikujących się z określoną wiarą. Wolność sumienia i wyznania łączy się też niewątpliwie z prawem rodziców do wychowywania dzieci w zgodzie z własnymi przekonaniami, a ponadto powinna być rozpatrywana łącznie z zawartymi w art. 25 Konstytucji zasadami równouprawnienia kościołów i związków wyznaniowych oraz neutralności światopoglądowej państwa.

Z punktu widzenia moich rozważań najważniejszym aspektem wolności wyznania jest prawo osób wierzących do korzystania z pomocy religijnej i możliwości praktykowania religii w każdym miejscu, w jakim się znajdują, również w zakładach karnych czy aresztach śledczych, aczkolwiek w bardziej ograniczony sposób, czym szerzej zajmę się w dalszej części niniejszego opracowania. Po tym wprowadzeniu w problematykę związaną z określeniem przedmiotu omawianych wolności chciałabym skupić się teraz na przedstawieniu ich w odniesieniu do przepisów prawa karnego wykonawczego. Przepisem, który w ogólny sposób zapewnia osobom skazanym przebywającym w zakładach karnych i aresztach śledczych wolność sumienia i wyznania, jest art. 102 pkt 3 Kodeksu karnego wykonawczego (dalej: k.k.w.) stanowiący, iż skazany ma prawo w szczególności do korzystania z wolności religijnej. Przepis ten z oczywistych względów umieszczony został w Oddziale 4 omawianej ustawy, zatytułowanym „Prawa i obowiązki skazanego”⁷. Odnoszą się do niego także wspomniane już ograniczenia tej wolności, o których jest mowa w art. 104 k.k.w., umożliwiającym skazanym korzystanie z przysługujących im praw w takim zakresie, aby nie naruszało to praw innych osób oraz nie zakłócało ustalonego w danym zakładzie karnym porządku. Postanowienia te uszczegółowia art. 106 k.k.w., odnoszący się do odbywania w zakładach karnych praktyk religijnych. Normy

⁷ Można w tym miejscu wskazać również art. 4 § 2 k.k.w., który w sposób ogólny zapewnia skazanym zachowanie praw i wolności obywatelskich, a możliwość ich ograniczeń dopuszcza jedynie w drodze ustawy i wydanego na jej podstawie prawomocnego orzeczenia.

zawarte w tym artykule dają skazanemu prawo do wykonywania praktyk religijnych, jak również korzystania z posług religijnych i uczestniczenia w nabożeństwach odprawianych w zakładach karnych w dni świąteczne. Ponadto skazany ma także prawo do słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu, może też posiadać przedmioty niezbędne w celu wykonywania wszystkich tych uprawnień oraz książki i czasopisma. Niewątpliwie istotnym z punktu widzenia skazanych przepisem gwarantującym im zachowanie i korzystanie z wolności sumienia i wyznania w warunkach pozbawienia wolności jest art. 109 k.k.w., który nakazuje uwzględnianie przy przygotowywaniu posiłków wymogów religijnych i kulturowych. Przepis ten zastrzega jednak, iż uwzględnienie to uzależnione jest od możliwości danego zakładu karnego lub aresztu śledczego.

Skazani, poza wymienionymi uprawnieniami, mogą uczestniczyć w prowadzonym w zakładzie karnym nauczaniu religii, a także brać udział w działalności społecznej i charytatywnej kościoła lub związku wyznaniowego. Omawiany przepis daje skazanym możliwość odbywania indywidualnych spotkań z duchownymi kościoła lub związku wyznaniowego, do którego należą. Spotkania te odbywać się mogą w pomieszczeniach, w których skazani przebywają. Artykuł 106 k.k.w. § 3 w zasadzie powtarza także ogólną zasadę dotyczącą możliwości ograniczenia tychże praw zawartą w art. 104, czyli że: „Korzystanie z wolności religijnej nie może naruszać zasad tolerancji ani zakłócać ustalonego porządku w zakładzie karnym”. Artykuł 106 k.k.w. nakłada na Ministra Sprawiedliwości obowiązek szczegółowego określenia zasad wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych przy uwzględnieniu potrzeby zapewnienia warunków dla indywidualnego i zbiorowego uczestnictwa osób, które są osadzone w tych zakładach i aresztach, w nabożeństwach i spotkaniach⁸. Do zakresu omawianych

⁸ Por. S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 445–448, a także: J. Hołda, Z. Hołda, *Prawo karne wykonawcze*, wyd. III, Warszawa–Kraków 2006; J. Nikołajew, *Miejsce duszpasterstwa penitencjarnego w powrocie do wolności skazanych na podstawie Kodeksu karnego wykonawczego z 1997 roku i rozwiązań innych państw*, [w:] S. Lelental, G.B. Szczygieł (red.), *X lat obowiązywania Kodeksu karnego wykonawczego*, Białystok 2009.

tutaj kwestii odnoszą się także inne przepisy k.k.w., jak choćby art. 247 § 1 stanowiący, iż „w wypadkach uzasadnionych szczególnymi względami sanitarnymi lub zdrowotnymi albo poważnym zagrożeniem bezpieczeństwa dyrektor zakładu karnego lub aresztu śledczego może na czas określony wstrzymać lub ograniczyć (...) odprawianie nabożeństw i udzielanie posług religijnych (...)”.

W obecnym stanie prawnym kwestie te są regulowane przez Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 2 września 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych w zakładach karnych i aresztach śledczych. Normy zawarte w art. 106 k.k.w., odnoszące się do możliwości uczestniczenia w nabożeństwach, wykonywania praktyk i posług religijnych należy rozpatrywać razem z przepisami wspomnianego rozporządzenia. Rozporządzenie to w § 1 pkt. 1 daje skazanym prawo uczestniczenia w nabożeństwach i spotkania o charakterze religijnym odbywających się w kaplicy albo innym odpowiednio przystosowanym do tego celu pomieszczeniu lub miejscu na terenie zakładu karnego lub aresztu śledczego, szczegółowe warunki wykonywania tych praktyk, takie jak określenie dni, godzin i ich miejsca, regulowane są w przepisach wewnętrznych poszczególnych zakładów po uprzedniej konsultacji z duchownymi poszczególnych kościołów i związków wyznaniowych. Omawiane rozporządzenie określa także sposób doprowadzania czy też udawania się przez skazanych do kaplic lub też innych odpowiednio przystosowanych pomieszczeń i miejsc w zależności od typu zakładu karnego, w jakim przebywają i tak z rozporządzenia wynika, iż skazani odbywający karę w zakładzie typu zamkniętego są doprowadzani do tych miejsc przez funkcjonariuszy służby więziennej, skazani osadzeni w zakładach półotwartych lub otwartych mogą natomiast udawać się tam bez takiego dozoru, ale w ustalonej przez władze zakładu kolejności.

Sytuacja osób skazanych i osadzonych w zakładach karnych jest nieco inna niż osób tymczasowo aresztowanych przebywających w aresztach śledczych. Kwestie te reguluje art. 209 k.k.w. – „Do wykonywania tymczasowego aresztowania stosuje się odpowiednio przepisy odnoszące się do wykonywania kary pozbawienia wolności, ze zmianami wynikającymi z przepisów niniejszego rozdziału”.

W tym miejscu chciałabym wskazać na te właśnie różnice. Osoby tymczasowo aresztowane także mogą korzystać z wolności religijnej, aczkolwiek w nieco mniejszym zakresie niż skazani. Jest to uzasadnione koniecznością zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego. Przede wszystkim, jak wynika z art. 217 § 6 k.k.w.⁹, „organ, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje, może ograniczyć lub określić sposób korzystania przez tymczasowo aresztowanego z prawa do kontaktowania się z duchownymi świadczącymi posługi religijne lub innymi osobami, jeżeli wymaga tego konieczność zapewnienia prawidłowego toku postępowania karnego”. Ponadto jak wynika z art. 212b § 1 pkt. 1 i 3, pomieszczenia przeznaczone do „odprawiania nabożeństw, spotkań religijnych i nauczania religii (...) wyposaża się w odpowiednie zabezpieczenia techniczno-ochronne”, a tymczasowo aresztowani mogą uczestniczyć w nabożeństwach, spotkaniach religijnych i nauce religii tylko w tym oddziale, na którym się znajdują.

Z punktu widzenia niniejszych rozważań istotna wydaje się także kwestia określenia, jakie podmioty określane są w Kodeksie karnym wykonawczym mianem kościołów i związków wyznaniowych. Otóż, jak wynika z art. 242 § 12 k.k.w., są to podmioty, które mają ustawowo uregulowaną sytuację prawną. Regulacje takie dokonywane są w dwojaki sposób – bądź to na podstawie Ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, bądź też na podstawie odrębnych ustaw, które w obecnym stanie prawnym regulują sytuację 15 kościołów i związków wyznaniowych¹⁰.

Jak już wspomniałam, poza wskazanymi przeze mnie aspektami wolności religijnej interesująca jest także kwestia praw przysługujących tzw. więźniom sumienia, do których odnosi się art. 107 k.k.w. Artykuł

⁹ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy...*, s. 883.

¹⁰ Wschodni Kościół Staroobrzędowy w RP, Muzułmański Związek Religijny w RP, Karaimski Związek Religijny w RP, Kościół katolicki, Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny, Kościół Ewangelicko-Augsburski, Kościół Ewangelicko-Reformowany, Kościół Ewangelicko-Methodystyczny, Kościół Chrześcijan Baptystów, Kościół Adwentystów dnia siódmego, Kościół Polskokatolicki, Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich, Kościół Katolicki Mariawitów, Kościół Starokatolicki Mariawitów, Kościół Zielonoświątkowy.

ten stanowi, iż: „skazani za przestępstwo popełnione z motywacji politycznej, religijnej lub przekonań ideowych odbywają karę w oddzieleniu od skazanych za inne przestępstwa; mają prawo do korzystania z własnej odzieży, bielizny i obuwia oraz nie podlegają obowiązkowi pracy”. Przy czym § 2 omawianego artykułu zastrzega, iż przestępstwa te nie mogą być popełnione z użyciem przemocy. Z punktu widzenia interesującej nas problematyki najważniejsza jest tu kwestia przestępstw popełnionych z motywacji religijnej i przekonań ideowych. Zawarta w artykule 107 regulacja nadaje tym skazanym szczególny status i niewątpliwie zwiększa ich prawa przez nałożenie na administrację zakładu karnego obowiązku zapewnienia im oddzielnego pomieszczenia mieszkalnego, a także do umożliwienia posiadania i korzystania z własnej odzieży, bielizny i obuwia. Istotna z tej perspektywy jest też kwestia zwolnienia tych więźniów z obowiązku wykonywania pracy, przy czym zaznaczyć należy, iż nie chodzi tutaj o obowiązek wykonywania prac porządkowych w obrębie zakładu karnego, którego zwolnienie to nie obejmuje. Ponadto w przypadku gdy skazany wyrazi chęć wykonywania pracy, administracja zakładu karnego powinna w miarę możliwości mu taką pracę zapewnić¹¹.

Chciałabym również zwrócić uwagę na jeden z elementów praktyki realizacji omówionych wyżej przepisów związany z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, do którego wpłynęła skarga konstytucyjna jednego ze skazanych. Powoływał się on w niej między innymi na naruszenie konstytucyjnie gwarantowanej wolności sumienia i wyznania. Skarga ta dotyczyła zbadania zgodności § 9 ust. 2 pkt 8 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 sierpnia 1998 r. w sprawie regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz. U. nr 111, poz. 699), pkt 11 załącznika nr 2 „Porządek wewnętrzny oddziału zamkniętego Zakładu Karnego we Włodawie” do decyzji nr 41/2001 dyrektora Zakładu Karnego we Włodawie z 23 listopada 2001 r. w sprawie porządku wewnętrznego w poszczególnych oddziałach Zakładu Karnego we Włodawie z art. 32 ust. 1, art. 31 ust. 3 oraz art. 53 ust. 2 i 6 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.¹²

¹¹ *Ibidem*, s. 448–450.

¹² Postanowienie z 20 lipca 2004 r., SK 31/03, OTK Z.U. 2004, nr 7A, poz. 78.

W omawianej sprawie odbywający karę pozbawienia wolności uzasadniał między innymi, iż wskazane przepisy naruszają jego konstytucyjną wolność sumienia i wyznania przez utrudnianie możliwości nauki religii. Skarżący, odbywając karę pozbawienia wolności w Zakładzie Karnym we Włodawie, zwracał się kilkakrotnie z prośbą o uzyskanie od dyrektora tegoż zakładu zgody na posiadanie w celi wieży wraz z pilotem i kolumnami, uzasadniając to chęcią odtworzenia nagrań o treści religijnej. Po uzyskaniu decyzji odmownej i bezskutecznym odwołaniu się do kolejnych właściwych instancji, skarżący zwrócił się ze skargą do Trybunału Konstytucyjnego. Prokurator Generalny w piśmie z dnia 18 sierpnia 2003 r. nie podzielił stanowiska skarżącego, stwierdzając, że zaskarżony przepis § 9 ust. 2 pkt 8 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 12 sierpnia 1998 r. w sprawie regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności oraz pkt 11 załącznika nr 2 do decyzji nr 41/2001 dyrektora Zakładu Karnego we Włodawie są zgodne z art. 53 ust. 2 i 6 Konstytucji RP. Prokurator Generalny uznał bowiem, że zaskarżony przepis rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości został wydany zgodnie z art. 249 § 1 Kodeksu karnego wykonawczego, który zawiera szczegółowe podmiotowo upoważnienie do wydania regulaminu wykonywania kary pozbawienia wolności. Jak wynika z treści § 9 ust. 2 pkt 8 wymienionego rozporządzenia dyrektor każdego zakładu karnego zobligowany jest do określenia „ilości i wymiarów przedmiotów, które skazany może posiadać w celi, oraz sposobu ich przechowywania, w razie potrzeby zasady ich używania”. Na podstawie tego przepisu dyrektor Zakładu Karnego we Włodawie – w załączniku nr 2 do decyzji nr 41/2001 – określił wymiary radiomagnetofonu, jaki osadzony ma prawo posiadać w celi. Pismem z 25 czerwca 2004 r. stanowisko w sprawie zajął również Minister Sprawiedliwości, który wniósł o stwierdzenie, że przepis § 9 ust. 2 pkt 8 omawianego rozporządzenia jest zgodny z art. 53 ust. 2 i 6 w zw. z art. 31 ust. 3 i z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Minister zakwestionował również twierdzenie skarżącego, że przepis § 9 ust. 2 pkt 8 rozporządzenia narusza wolność sumienia i wolność wyznania skarżącego. Zawarte w nim upoważnienie dla dyrektora zakładu karnego do określenia ilości i wymiarów przedmiotów, które skazany może posiadać w celi, nie ogranicza wolności religijnej i prawa

do nauki religii skarżącego, a służy jedynie utrzymaniu bezpieczeństwa i porządku wewnętrznego w zakładzie karnym.

Skarga ta nie została wszakże przez Trybunał Konstytucyjny rozpatrzona merytorycznie, ze względu na utratę mocy obowiązującej kwestionowanego przepisu przed wydaniem orzeczenia¹³, co niewątpliwie, pozbawiło nas możliwości poznania poglądu sędziów Trybunału Konstytucyjnego na kwestie związane z praktycznym stosowaniem omawianych w niniejszym opracowaniu kwestii. Ponadto przypadek ten pokazuje, iż mimo głosów niektórych autorów¹⁴ mówiących, iż stanowienie o prawach skazanych do wolności religijnej zarówno w Konstytucji, jak i Kodeksie, a także w przepisach wykonawczych, jest „nadmiarem regulacji”, wręczewistości potwierdza konieczność tak szczegółowego normowania tych zagadnień. Tym bardziej, biorąc pod uwagę fakt, iż wolność jest zakazem zmuszania do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje, nakładanie ograniczeń w tej sferze przez państwo powinno być jasne i w pełni uzasadnione. Co więcej, to w interesie państwa leży, aby w sposób wyczerpujący i dokładny unormować niezwykle delikatną kwestię wolności sumienia i wyznania. W razie twierdzenia, iż ograniczenie tej wolności nastąpiło bezprawnie, to właśnie organy państwowe muszą wskazać podstawę prawną swoich działań¹⁵, co – jak się wydaje – przy szczegółowej regulacji danych kwestii będzie łatwiejsze i przede wszystkim bardziej jasne dla jednostki.

Jak wynika z powyższych rozważań, wolność sumienia i wyznania jest gwarantowana też w sytuacjach pozbawienia wolności w przypadku osób skazanych prawomocnym wyrokiem sądu oraz

¹³ TK w uzasadnieniu omawianego orzeczenia zwrócił wprawdzie uwagę na nowelizację Ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 9 czerwca 2000 r. (Dz.U. nr 53, poz. 638), wskutek której do art. 39 wspomnianej ustawy dodano ust. 3, przez co wprowadzono nową regulację, powodującą, iż mimo utraty mocy obowiązującej kwestionowanego aktu normatywnego przed wydaniem przez TK orzeczenia nie umarza się postępowania, jeżeli wydanie orzeczenia jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Mimo to Trybunał uzasadnił, iż w tej konkretnej sprawie wydanie orzeczenia nie jest konieczne, gdyż skarżącemu i tak nie przysługuje środek odwoławczy, jakim jest wznowienie postępowania.

¹⁴ Por. S. Lelental, *op. cit.*, s. 447.

¹⁵ L. Garlicki, *op. cit.*, s. 88–89.

osób tymczasowo aresztowanych. Polski Kodeks karny wykonawczy gwarantuje zachowanie przez te podmioty owej wolności za pomocą szeregu omówionych przepisów. Jednocześnie znaleźć w nim można także odesłania do aktów niższej rangi, zawierających normy prawne odnoszące się do omawianej wolności, takich jak rozporządzenia oraz regulaminy wewnętrzne poszczególnych zakładów karnych i aresztów śledczych. Ramy oraz tematyka niniejszego opracowania nie pozwalają jednak na pełną analizę postanowień owych regulaminów, a także na szczegółowe omówienie praktyki w tym zakresie, co niewątpliwie byłoby konieczne dla pełnego przedstawienia problematyki związanej z wolnością sumienia i wyznania w przypadku osób pozbawionych wolności i z pewnością zasługuje na odrębne opracowanie.

Przesłanki udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności

I

Obecnie obowiązujący Kodeks karny jest odzwierciedleniem zasady nowoczesnego i humanitarnego podejścia do sprawcy przestępstwa. Nie rezygnując z konieczności zdecydowanej i bezwzględnej reakcji na przestępstwa najpoważniejsze, akcentuje regułę indywidualizacji kar oraz innych środków oddziaływania karnego. Rozbudowanie katalogu sankcji karnych, zawierającego aktualnie kary, środki karne oraz tak ważne środki probacyjne stanowi wyraz zerwania polskiego ustawodawcy z tradycyjnym schematem izolacji w zakładzie karnym, jako najlepszym sposobem reakcji na przestępstwo¹.

Współczesny polski kodeks karny nie definiuje jednak pojęcia „środki probacyjne”. Przeważa pogląd, zgodnie z którym są to środki związane z poddaniem sprawcy próbie, a więc środki opisane w rozdziale VIII Kodeksu karnego, mianowicie: warunkowe umorzenie postępowania karnego, warunkowe zawieszenie wykonania kary oraz warunkowe przedterminowe zwolnienie. Kwestia umieszczenia tego ostatniego w katalogu środków probacyjnych budzi jednak wiele kontrowersji ze względu na możliwość zastosowania go dopiero po orzeczeniu kary, a więc w procesie jej wykonania. Warunkowe zwolnienie jest w istocie rezygnacją z wykonania reszty kary pozbawienia wolności względem skazanego na rzecz poddania go procesowi resocjalizacji w warunkach kontrolowanej wolności.

¹ P. Stępniaik, *Formy probacji a praca socjalna ze skazanymi*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 47–48, 2005, s. 5.

Należy jednak bardzo wyraźnie zaznaczyć, iż warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary pozbawienia wolności jest środkiem wyjątkowym, zasadą zaś jest odbycie orzeczonej kary w całości, o czym świadczy postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie zgodnie z którym: „Warunkowe przedterminowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności jest wyjątkiem od zasady odbycia kary w całości, jak ją orzeczono w wyroku skazującym. Tylko przekonanie sądu powzięte na podstawie analizy przesłanek przewidzianych w art. 77 § 1 k.k., że skazany będzie w przyszłości przestrzegał prawa mimo nie wykonania kary w całości, uzasadnia odstępianie od tej zasady”².

II

Warunkowe przedterminowe zwolnienie nie jest probacją *sensu stricto*, ponieważ nie stanowi środka reakcji na przestępstwo, którym jest orzeczona kara pozbawienia wolności. Jest ono jednak zaliczane obok warunkowego umorzenia postępowania karnego oraz warunkowego zawieszenia wykonania kary do środków probacyjnych, o czym przesądza warunkowy charakter zwolnienia, poddanie sprawy próbie, a także ustalenie dozoru oraz nałożenie obowiązków probacyjnych³. Udzielenie skazanemu warunkowego zwolnienia oznacza zatem „warunkową” rezygnację z wykonania części wymierzonej kary pozbawienia wolności oraz poddanie sprawcy procesowi resocjalizacji w warunkach kontrolowanej wolności.

Aktualnie warunkowe przedterminowe zwolnienie reguluje częściowo Kodeks karny, a częściowo Kodeks karny wykonawczy. Pierwszy określa przesłanki merytoryczne i formalne tego środka oraz

² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 21 czerwca 2000 r., II Akz 217/00, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 40–41, 2003, S. Leleńtal, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w latach 2000 – II półrocze 2002 r.*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 40–41, s. 200.

³ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 278.

skutki pozytywnego wpływu okresu próby. Drugi zaś mieści w sobie przepisy procesowe dotyczące orzekania oraz sposobu jego wykonywania⁴.

W świetle art. 77 k.k. warunkowe przedterminowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności uzależnione jest od spełnienia przesłanki materialnej – pozytywnej prognozy kryminologicznej, na którą składają się następujące czynniki:

- postawa skazanego,
- właściwości skazanego,
- warunki osobiste skazanego,
- sposób życia skazanego przed popełnieniem przestępstwa,
- okoliczności popełnienia przestępstwa,
- zachowanie się po popełnieniu przestępstwa oraz
- zachowanie się w czasie odbywania kary⁵.

Wymienione czynniki muszą być uwzględnione kumulatywnie, ponieważ tylko łącznie mogą stanowić podstawę całościowej oceny prognozy kryminologicznej sprawcy. Należy podkreślić, iż warunkowe zwolnienie jest wyrazem wyłącznie prewencji indywidualnej. Jest ono możliwe tylko wówczas, gdy prognoza kryminologiczna potwierdzi, że kara osiągnęła założone cele indywidualno-prewencyjne, a co za tym idzie, że skazany będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności, że nie popełni ponownie przestępstwa. Osiągnięcie celów w zakresie prewencji generalnej nie stanowi obecnie przesłanki stosowania omawianej instytucji⁶.

Oceniając postawę skazanego, sąd bierze pod uwagę stosunek skazanego do popełnionego czynu i do osoby pokrzywdzonej, a także fakt, czy w czasie pobytu w zakładzie karnym podjął działania zmierzające do zniwelowania skutków popełnionego przestępstwa. Do „postawy” skazanego zalicza się również wykonywanie pracy zarobkowej, wywiązywanie się z obowiązku alimentacyjnego, starania skazanego o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie, tudzież

⁴ B. Stańdo-Kawecka, *Prawne podstawy resocjalizacji*, Kraków 2000, s. 187.

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

⁶ W. Rodakiewicz, *Warunkowe zwolnienie młodocianych z reszty kary pozbawienia wolności*, Wrocław 2005, s. 151.

przeproszenie i podjęcie próby pojednania się z pokrzywdzonym⁷. Z katalogu tego należy jednak wykluczyć determinat w postaci potępienia przestępstwa, za popełnienie którego skazany odbywa karę pozbawienia wolności. Na takim właśnie stanowisku stanął Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z dnia 18 grudnia 2002 r.: „Nie można na podstawie art. 77 § 1 k.k. wymagać od skazanego, by potępił przestępstwo, za które go skazano, i od złożenia takiego oświadczenia uzależniać przedterminowe zwolnienie z kary. Skazany ma prawo podważać nawet prawomocny wyrok, także środkami nadzwyczajnymi, także korzystać z pozakrajowych instytucji wymiaru sprawiedliwości. Jeśli skazany potępia swe przestępstwo, jest to sygnał liczący się dla przedterminowego zwolnienia, ale jeśli tego nie czyni, nie oznacza to, że na przedterminowe zwolnienie nie zasługuje”⁸.

„Właściwości i warunki osobiste” są pojęciem, pod którym kryją się zarówno indywidualne, jak i czysto charakterologiczne cechy sprawcy. Obejmują one okoliczności, które pozostają w ścisłym związku z jego osobą. Przez właściwości osobiste rozumie się przede wszystkim wiek, płeć, stan zdrowia psychicznego oraz fizycznego, temperament skazanego, zdolność do samokrytyki, poziom rozwoju intelektualnego, światopogląd, wiedzę o rzeczywistości, zainteresowania oraz plany życiowe⁹. Przy ocenie warunków osobistych sąd bierze zaś pod uwagę warunki środowiskowe, w których skazany żyje, jego sytuację mieszkaniową, zawodową, a także sytuację materialną. Słusznie zauważył A. Zoll, że w czasie orzekania w przedmiocie warunkowego zwolnienia postawę właściwości oraz warunki osobiste sprawcy należy postrzegać w ujęciu ewolucyjnym. Ważne są zmiany u skazanego w tym zakresie, zachodzące zwłaszcza w czasie odbywania kary pozbawienia wolności¹⁰.

⁷ J. Śpiewak, *Warunkowe zwolnienie w Kodeksie karnym i Kodeksie karnym wykonawczym*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 20–21, 1998, s. 8.

⁸ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 18 grudnia 2002 r., II Akz 560-02, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 49, 2005, S. Leleńtal, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w latach 2003–2004*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 49, s. 270.

⁹ J. Lachowski, *Przesłanka materialna warunkowego przedterminowego zwolnienia na gruncie kodeksu karnego*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 11, s. 45.

¹⁰ A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116*, Kraków 2004 r., 884.

Kolejnym bardzo ważnym kryterium składającym się na prognozę kryminologiczną stanowi sposób życia przed popełnieniem przestępstwa. Rozumieć należy przez to postępowanie skazanego przed osadzeniem w jednostce penitencjarnej, a więc dotychczasową karalność, jakość kontaktów skazanego z rodziną, stosunek do alkoholu oraz środków odurzających. Dane te zawarte są zazwyczaj w wykazie informacji lub wywiadzie kuratora sądowego, aczkolwiek ich źródłem mogą być również: wywiad ze skazanym i jego rodziną, analiza dokumentacji, informacje od pracodawcy oraz z centralnego rejestru skazanych. Przesłanka ta ma wysoką wartość prognostyczną co do przyszłego zachowania się skazanego w warunkach wolnościowych. Pozwala ocenić, czy popełnione przestępstwo było efektem celowego działania sprawcy, czy może miało charakter jedynie przypadkowy¹¹.

Dość kontrowersyjną przesłanką są okoliczności popełnienia przestępstwa. Ich źródło czerpiemy głównie z aktu oskarżenia oraz uzasadnienia wyroku. Warto w tym miejscu zacytować fragment postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 października 2004 r., w którym sąd orzekł, że: „Okoliczności popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 77 § 1 k.k., o tyle mają znaczenie dla negatywnej prognozy, a w konsekwencji i dla negatywnej decyzji w przedmiocie warunkowego zwolnienia, o ile wskazują na takie cechy skazanego, które mogą być przyczyną popełnienia przez niego kolejnego przestępstwa”¹². Podobne stanowisko w tej kwestii zajął również Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z 27 czerwca 2003 r.: „Orzekanie o przedterminowym zwolnieniu z reszty kary powinno przyjmować za punkt wyjścia treść wyroku, w tym karę wymierzoną skazanemu, a nie tworzyć dalsze limity ilościowe kary czy wyłączać od zwolnienia niektóre osoby z powodu charakteru ich przestępstw. Zostały one osądzone, więc powracanie do tego narusza powagę osądzenia. Czyny te mogłyby mieć znaczenie wtedy tylko, gdyby jakieś szczególne zachowania sprawców ujawniały specyficzne cechy ich osobowości,

¹¹ J. Śpiewak, *op. cit.*, s. 8.

¹² Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 13 października 2004 r., II Akzw 685/04, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 50, 2006, S. Lelental, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych w 2005 roku*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, nr 50, s. 136.

znaczące dla działań penitencjarnych”¹³. Podkreślenia, więc wymagają okoliczności dotyczące roli skazanego w popełnionym przestępstwie. Dlatego też w postępowaniu w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia powinny spełniać one jedynie funkcję pomocniczą, tylko w takim zakresie, w jakim świadczą o właściwościach i warunkach osobistych sprawcy.

Zachowanie się sprawcy po popełnieniu przestępstwa obejmuje przedział czasowy od momentu jego popełnienia do chwili wprowadzenia kary pozbawienia wolności do wykonania¹⁴. Przesłankę tą należy rozumieć, jako zespół działań sprawcy polegających na dążeniu do zniewelowania skutków przestępstwa, naprawieniu szkody, przeproszeniu pokrzywdzonego, a nawet, jako wyrażenie krytycznego stosunku do popełnionego czynu zabronionego. Ogólnie rzecz biorąc jest to każde zachowanie skazanego, które może świadczyć o pozytywnych bądź negatywnych przemianach w jego osobowości.

Ostatnią spośród wymienionych podstaw kształtowania pozytywnej prognozy kryminologicznej przy orzekaniu w przedmiocie warunkowego zwolnienia jest zachowanie się skazanego podczas odbywania kary. Elementy konstruktywne tej przesłanki kształtują się w czasie wielomiesięcznego, a nader często wieloletniego pobytu skazanego w warunkach izolacji penitencjarnej. Są one szczegółowo dokumentowane przez służbę więzienną w aktach osobopoznawczych skazanego. Oceniając wymienioną przesłankę sąd powinien brać pod uwagę przede wszystkim współdziałanie skazanego w kształtowaniu jego społecznie pożądanej postawy, a zatem sumienne wypełnianie obowiązków wynikających z odbywania kary, stosunek wobec pracowników służby więziennej oraz współwięźniów, stosunek do pracy, uczestnictwo w zajęciach kulturalno-oświatowych i sportowych, utrzymywanie kontaktów ze światem zewnętrznym, głównie z osobami bliskimi pozostającymi na wolności¹⁵. Ocena zachowania skazanego podczas odbywania kary pozbawienia wolności musi być oceną kompleksową. Fakt

¹³ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 27 czerwca 2003 r., II Akz¹ 272/02, *Krakowskie Zeszyty Sądowe*, 2003, nr 6, poz. 30.

¹⁴ J. Lachowski, *op. cit.*, s. 50.

¹⁵ P. Wiktorska, *Czekając na wokandę. Warunkowe przedterminowe zwolnienie młodocianych*, Warszawa 2010, s. 70.

ukarania skazanego karą dyscyplinarną nie może automatycznie wpływać na decyzję sądu w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Twierdzenie to warto poprzeć stanowiskiem Sądu Najwyższego, jakie zajął w postanowieniu dnia 6 czerwca 1989 r., uznając, iż: „Sąd penitencjarny powinien mieć na względzie to, że resocjalizacja – podobnie jak każdy proces wychowawczy – może przebiegać nierównocześnie i niejednakowo w poszczególnych okresach odbywania kary, incydentalne, zatem uchybienia skazanego w zakresie ustalonego porządku prawnego same przez się nie powinny przemawiać za ujemną prognozą, jeżeli kompleksowa ocena danych odnoszących się do całego okresu odbywania kary wskazuje na poprawę skazanego i uzasadnia przypuszczenie, że po jego warunkowym przedterminowym zwolnieniu będzie on przestrzegał porządku prawnego”¹⁶.

Należy podkreślić, że nie bez znaczenia jest również fakt uczestnictwa skazanego w życiu podkultury więziennej, o czym jednoznacznie świadczy zacytowany poniżej fragment postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2003 r., w którym sąd orzekł, że: „Dla zasad współżycia społecznego istotne nie są deklaracje solidarności grupowej w ramach podkultury przestępczej, ale rzeczywista przynależność do grup i związków przestępczych, opartych na podłożu znacznie poważniejszym i bardziej aspołecznym niż obyczaj używania jednych słów i gestów, a wystrzegania się innych, który znamionuje podkulturę przestępczą. Ta ostatnia jest szkodliwa społecznie, gdy przybiera formy rzeczywiście szkodliwe, jak znęcanie się nad innymi skazanymi, buntowanie ich do oporu przeciw działalności penitencjarnej czy zarządzeniom administracji zakładu itp., gdy ogranicza się do form obyczajowych, nie trzeba jej przeceniać, bo wtedy wyraża tylko zły gust, a nikomu nie szkodzi”¹⁷.

Kompleksowa ocena omówionych przesłanek musi stwarzać uzasadnione przekonanie w opinii sądu, że skazany pomimo niewykonania kary w całości, będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności, że nie popełni ponownie przestępstwa.

¹⁶ Postanowienie SN z 6 czerwca 1989 r., WRN12/89, Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Karna i Wojskowa 1990, nr 4–6, poz. 19.

¹⁷ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 27 czerwca 2003 r., II Akz' 249/03, Krakowskie Zeszyty Sądowe, 2003, nr 6, poz. 31.

Na koniec rozważań tej części opracowania należy wskazać, iż w praktyce, w przekonaniu sądów penitencjarnych do najważniejszych czynników pozytywnie rokujących należą stałe zatrudnienie skazanego przed popełnieniem przestępstwa, pozytywne wywiązywanie się z obowiązku pracy, podwyższanie kwalifikacji zawodowych, zdobycie zawodu, zapewnienie miejsca zamieszkania po odbyciu kary. Z kolei do czynników rokujących negatywnie należą uprzednia karalność, dokonanie samouszkodzenia, aktywne uczestnictwo w podkulturze więziennej, uchylanie się od obowiązku pracy, fakt uprzedniego nieskutecznego korzystania z warunkowego zwolnienia, nieuzasadniona odmowa podjęcia nauki oraz porzucenie i brak zainteresowania dziećmi¹⁸.

III

Obok przesłanki materialnej która argumentuje stosowanie instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia, współczesny Kodeks karny wymienia również przesłanki formalne stosowania tego środka. Przesłanki formalne to te, których spełnienia wymaga się od skazanego wnioskującego o warunkowe zwolnienie, a dotyczą one minimalnego okresu odbywania kary¹⁹.

Zgodnie z art. 78 k.k. warunkowe przedterminowe zwolnienie możliwe jest, jeżeli skazany odbył:

- połowę kary,
- 2/3 kary – wobec skazanych określonych w art. 64 § 1 k.k.,
- 3/4 kary – wobec skazanych określonych w art. 64 § 2 k.k. lub art. 65 § 1 k.k.,
- 15 lat kary – wobec skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności,
- 25 lat kary – wobec skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności, a ponadto

¹⁸ R. Musidłowski, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie*, Biuletyn RPO. Materiały – stan i węzłowe zagadnienia polskiego więziennictwa, 1995, nr 28, s. 318.

¹⁹ H. Kuczyńska, *Kształt i praktyka stosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia jako czynnik wpływający na liczebność populacji więziennej*, [w:] J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński, *Akternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej*, Warszawa 2009, s. 173.

– odbycie, co najmniej 15 lat orzeczonej kary niezależnie od warunków określonych w art. 78 § 1 k.k.

Sąd orzekając karę pozbawienia wolności może w szczególnie uzasadnionych przypadkach wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania przez skazanego z dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia. Oznacza to, że skazując na karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd może postanowić w konkretnym przypadku, że warunkowe zwolnienie nastąpi najwcześniej po 30 latach, a nie jak przewiduje Kodeks – po 25. W doktrynie przyjmuje się, że szczególnie uzasadnione przypadki zachodzą w sytuacji wyjątkowej demoralizacji sprawcy, popełnienia przestępstwa w wyniku motywacji zasługującej na potępienie, a także okrucieństwa i brutalności popełnionego czynu zabronionego. W kwestii tej wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach, który orzekł: „Szczególnie uzasadnione przypadki, o jakich mowa w przepisie art. 77 § 2 k.k., nie sposób wiązać z okolicznościami określającymi wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu i zawinienia, a jedynie z tymi, które odnoszą się do szeroko pojętej osoby sprawcy, w tym jego demoralizacji i niepodatności na oddziaływanie penitencjarne, które *a priori* w dacie orzekania, pozwolą z wysoką dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że w okresach, o jakich mowa w art. 78 k.k., niemożliwe jest takie przeobrażenie oskarżonego, które warunkowałby skorzystanie przez niego z omawianej w nim instytucji”²⁰. Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż ustanowienie surowszych ograniczeń nie może doprowadzić do całkowitego wyłączenia prawa do ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie²¹.

Przesłanki formalne warunkowego zwolnienia stosuje się odpowiednio do sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany ma odbyć kolejno, przy czym warunek odbycia 2/3 lub 3/4 w odniesieniu do recydywy musi być spełniony, jeżeli chociaż jedno z przestępstw zostało popełnione w warunkach art. 64 k.k.²² Ogólną zasadą jest zatem, że sprawca skazany na kilka kar

²⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 8 lipca 2004 r., II Aka 139/04, *Krakowskie Zezsyty Sądowe*, 2005, nr 6, poz. 63.

²¹ M. Mozgawa, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 440.

²² M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 320.

pozbawienia wolności, które są wykonywane kolejno, może być warunkowo przedterminowo zwolniony po odbyciu połowy ich sumy.

Kodeks karny pozwala na orzeczenie warunkowego zwolnienia również w szczególnych wypadkach, do których należą:

– art. 81 k.k., który reguluje kwestie udzielenia powtórnego warunkowego zwolnienia; wymagane jest jednak odbycie, co najmniej roku kary od osadzenia bądź 5 lat w przypadku dożywotniego pozbawienia wolności;

– art. 98 k.k., zgodnie z którym skazanego na karę pozbawienia wolności do lat 2, z jednoczesnym orzeczeniem środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zamkniętym zakładzie leczenia odwykowego, sąd warunkowo zwalnia z pozostałej do odbycia części kary, bez względu na okres odbytej kary. Na poczet kary zalicza się okres pobytu w zakładzie leczenia odwykowego;

– art. 155 k.k.w., który stanowi, że warunkowe zwolnienie może dotyczyć również skazanego na karę do 3 lat pozbawienia wolności, z której odbył co najmniej 6 miesięcy i korzystał z przerwy w karze trwającej co najmniej jeden rok. Zakreślenie wysokości wymierzonej kary wyłącza możliwość warunkowego zwolnienia w tym trybie skazanych na karę 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywocia²³.

Omówione wyżej przesłanki formalne nie są pozbawione uzasadnienia materialnego. Konieczny do skorzystania z dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia okres efektywnego odbywania kary pozbawienia wolności pełni funkcję nie tylko w zakresie prewencji indywidualnej, ale również funkcję ogólnoprewencyjną, co jest szczególnie widoczne w przypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności.

IV

Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności zajmuje szczególne miejsce w nauce prawa karnego. Stanowi przedłużenie procesu resocjalizacji w zmienionych, wolnościowych warunkach, mając na celu przystosowanie sprawcy do ży-

²³ J. Śpiewak, *op. cit.*, s. 10.

cia w zgodzie z istniejącym porządkiem prawnym. W polskim ustawodawstwie karnym skazani na karę pozbawienia wolności nie mają prawa do warunkowego zwolnienia, mogą jedynie ubiegać się o tego rodzaju dobrodzieństwo.

Tymczasem warunkowe zwolnienie jest dla więźniów i ich rodzin realną, zwykle jedyną szansą na skrócenie kary. Możliwość, zatem legalnego wcześniejszego opuszczenia murów więziennych w wyniku warunkowego przedterminowego zwolnienia jest poniekąd ich jedynym celem w czasie pobytu w jednostce penitencjarnej, ale także silnym czynnikiem motywującym do utrzymywania własnej samodyscypliny i przestrzegania regulaminu więziennego.

Wybrane problemy związane ze stosowaniem i wykonywaniem tymczasowego aresztowania

I

Ściganie karne to bezustanny konflikt interesów: z jednej strony interesu, na którego straży stoją organy ścigania, z drugiej zaś osób, które znalazły się w kręgu zainteresowania tych organów i których podstawowe prawa i wolności są w związku z tym zagrożone. Immanentną cechą państwa prawa jest istnienie przymusu państwowego. Bez wątplenia jedynym skutecznym gwarantem przestrzegania prawa jest wtedy sprawnie funkcjonujący system środków przymusu państwowego. Możliwość stosowania środków przymusu jest również uwarunkowana tym, że do podstawowych zadań nowoczesnego państwa należy egzekwowanie przez nie prawa oraz zapewnienie bezpieczeństwa obywateli danej społeczności poprzez spowodowanie nieuchronności kary dla osób naruszających to prawo.

Z powyższej konstatacji wynika, że stosowanie środków przymusu jest koniecznością. Konieczność ta jest powszechnie uznana na tle doświadczeń praktyki ścigania karnego. Bez możliwości stosowania środków przymusu prawie nigdy lub wręcz w ogóle nie mogłoby dojść do ukarania osoby winnej popełnienia przestępstwa bądź też nie można byłoby prowadzić procesu karnego. Jak słusznie wskazuje A. Murzynowski¹, zarówno całe postępowanie karne, jak i szereg poszczególnych wykonywanych w nim czynności procesowych z konieczności, w mniejszym lub większym stopniu wkraczają w dziedzinę praw osobistych lub majątkowych, objętych tym postępowaniem osób. Z tego

¹ A. Murzynowski, *Areszt tymczasowy i środki zapobiegające uchylaniu się od sądu*, Warszawa 1963, s. 11.

też powodu czynności te muszą nosić charakter przymusowy. Prawo karne procesowe ustala szereg środków prawnych, za pomocą których sąd oraz organy ścigania mogą zabezpieczyć prawidłowy przebieg postępowania karnego i wykonanie wszelkich czynności procesowych niezbędnych w ramach prowadzonego postępowania. Środki przymusu stosowane są w szczególności:

- przy poszukiwaniu oraz uzyskiwaniu i zabezpieczaniu dowodów popełnienia przestępstwa;
- jako sposób zabezpieczenia osoby oskarżonego dla wymiaru sprawiedliwości;
- w celu umożliwienia wykonania grożącej oskarżonemu kary grzywny, przepadku rzeczy i dla zabezpieczenia roszczeń powoda cywilnego;
- w celu zapewnienia stawiennictwa wezwanych osób i wypełniania przez nie obowiązków procesowych;
- w celu zabezpieczenia zgodnego z powagą wymiaru sprawiedliwości porządku rozprawy.

Z uwagi na przymusowy i dolegliwy charakter wyżej wymienionych środków, nauka nazywa je procesowymi środkami przymusu. Ustawodawca w ramach kodeksu postępowania karnego² w dziale VI, zatytułowanym „Środki przymusu” (rozdziały 27–32) reguluje: zatrzymanie, środki zapobiegawcze, poszukiwanie oskarżonego i list gończy, list żelazny, kary porządkowe oraz zabezpieczenie majątkowe. Posługując się określeniem „środki zapobiegawcze”, ustawodawca daje wyraz stwierdzeniu, że tymczasowe aresztowanie nie jest jedynym tego rodzaju środkiem i że istnieją poza nim dalsze środki. W ramach bogatego katalogu środków zapobiegawczych, poza tymczasowym aresztowaniem, wyróżniamy ponadto: dozór policji, poręczenie majątkowe, poręczenie osoby godnej zaufania, poręczenie społeczne, zakaz opuszczania kraju, zawieszenie w czynnościach służbowych lub w wykonywaniu zawodu, powstrzymanie się od określonej działalności, powstrzymanie się od prowadzenia określonego rodzaju pojazdów. W niniejszym opracowaniu zajmiemy się jedynie niektórymi zagadnieniami dotyczącymi

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997, Nr 89, poz. 555 z późn. zm.; dalej: k.p.k).

tymczasowego aresztowania (zogniskowanych głównie wokół celów stosowania i wykonywania), a więc środka zapobiegawczego, który od lat wzbudza liczne kontrowersje w nauce, a także wśród opinii publicznej³. Trafnie bowiem stwierdza S. Paweła⁴, że tymczasowe aresztowanie nie jest instytucją prawa karnego wykonawczego, lecz instytucją postępowania karnego. Ponieważ jednak sytuacja prawna osoby tymczasowo aresztowanej pod wieloma względami jest zbliżona do sytuacji prawnej i sytuacji faktycznej osób pozbawionych wolności – stała się przedmiotem prawa karnego wykonawczego.

II

Tymczasowe aresztowanie jest jedynym izolacyjnym środkiem zapobiegawczym i w hierarchii środków zapobiegawczych znajduje się na pierwszym miejscu jako najsurowszy⁵. Przemawia za tym jego dolegliwość, która polega na faktycznym pozbawieniu wolności oskarżonego, odizolowaniu go od społeczeństwa i osadzeniu w areszcie śledczym. Nie bez powodu wskazuje się w literaturze, że tymczasowe aresztowanie powoduje prawie taką samą lub zbliżoną sytuację prawną, jaka powstaje podczas wykonywania kary pozbawienia wolności⁶. Praktycznie środek ten sprowadza się do pozbawienia wolności osobistej człowieka już w toku postępowania karnego, a więc jeszcze przed wydaniem prawomocnego wyroku karnego, stwierdzającego jego winę.

Z tego też powodu można spotkać się z zarzutem, iż stosowanie środków zapobiegawczych, tymczasowego aresztowania w szczególności nie jest zgodne z zasadą domniemania niewinności. Z zasady domniemania niewinności wypływa wszak zakaz uważania oskarżone-

³ A. Kwieciński, *Wybrane problemy związane ze stosowaniem i wykonywaniem tymczasowego aresztowania wobec osób z zaburzeniami psychicznymi*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, 26, 2010, s. 153.

⁴ S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, wyd. II, Warszawa 2007, s. 253.

⁵ M. Lipczyńska, *Polski proces karny*, t. 1, Warszawa 1986, s. 143.

⁶ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1996, s. 371.

go za winnego, dopóki nie zostanie mu udowodniona wina w formie prawomocnego wyroku skazującego. Tymczasem z istoty środków zapobiegawczych wynika, iż stosuje się je wobec osób, którym winy jeszcze nie udowodniono. Niemożność ograniczenia zasady domniemania niewinności za pomocą tymczasowego aresztowania niejednokrotnie prowadziła jednak do udaremnienia procesu⁷. Oskarżeni (podejrzani) mogliby bowiem bezkarnie i dowolnie blokować przebieg procesu, czemu tymczasowe aresztowanie ma zapobiec. Zaznaczyć należy również, że sąd stosując tymczasowe aresztowanie nie przesądza ostatecznie o kwestii winy oskarżonego (podejrzanego).

Ponieważ jest to najbardziej restrykcyjny środek zapobiegawczy, ingerujący najdalej w sferę wolności człowieka, punktem wyjścia wszelkich rozważań musi być przypomnienie, że w świetle art. 41 Konstytucji RP⁸ człowiek może być pozbawiony wolności jedynie z mocy decyzji sądu, tak w postępowaniu przygotowawczym, jak i jurysdykcyjnym. Jak słusznie zauważa S. Waltoś⁹, przyjęta przez polskiego prawodawcę formuła wyłącznej właściwości sądu w zakresie stosowania i przedłużenia tymczasowego aresztowania jest wyrazem „(...) rozsądnego przeświadczenia, że obok ścisłego określenia podstaw tymczasowego aresztowania rozstrzygające znaczenie dla jego legalności ma powierzenie jego stosowania organom niezawisłym, a zarazem operatywnym”. Zastosowanie względem oskarżonego (podejrzanego) tymczasowego aresztowania w drodze postanowienia sądu oznacza, że w postępowaniu przygotowawczym środek ten stosuje sąd rejonowy na wniosek prokuratora, natomiast po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu – sąd, przed którym sprawa się toczy¹⁰.

Kluczowym problemem związanym ze stosowaniem tymczasowego aresztowania jest precyzyjne wskazanie celów tego środka zapobiegawczego. Podstawowy w tej kwestii przepis art. 249 § 1 k.p.k. stanowi,

⁷ M. Lipczyńska, *op. cit.*, s. 142.

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

⁹ S. Waltoś, *Polski proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 426 i n.

¹⁰ K. Bułat, P. Czarniak, A. Gorzelak, K. Grabowski, M. Iwański, P. Jakubek, J. Jodłowski, M. Małek, S. Młodawska-Mąsior, A. Papierz, M. Stózek, *Kryminologia. Repetytorium*, Warszawa 2007, s. 74.

iż celem tymczasowego aresztowania, podobnie jak innych środków zapobiegawczych, jest zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także zapobiegnięcie popełnieniu przez oskarżonego nowego ciężkiego przestępstwa. Przy zastrzeżeniu, że zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo popełnienia przez tę osobę przestępstwa¹¹. Uzupełniając ten przepis o dalsze regulacje zawarte w k.p.k. (art. 258) można dokonać pewnego podziału w zakresie celów stawianych przed tymczasowym aresztowaniem. Zasadniczo środek ten spełnia funkcję zabezpieczającą oraz prewencyjną¹². Wskazane funkcje wpisać możemy w szerszą kategorię tzw. celów procesowych. Opierając się na art. 258 § 1 i 2 k.p.k., do celów procesowych tymczasowego aresztowania, będących co wyżej zaznaczono celami podstawowymi, zaliczamy:

- zabezpieczenie osoby oskarżonego (podejrzanego) do dyspozycji organów procesowych, gwarantujące uczestnictwo w czynnościach, w których jest ono obowiązkowe;
- uniemożliwienie oskarżonemu (podejrzanemu) matactwa procesowego;
- prewencyjne zabezpieczenie osoby oskarżonego uzasadnione grożącą mu surową karą.

Wymienione wyżej cele mają charakter zasadniczy dla analizowanej instytucji. Dwa pierwsze (zabezpieczenie do dyspozycji organów procesowych oraz w celu uniemożliwienia matactwa) muszą mieć charakter sytuacji faktycznych, dostatecznie udowodnionych (ustawa mówi w tych przypadkach o uzasadnionej obawie). Zatem co wyraźnie należy podkreślić, dla ich przyjęcia w konkretnej sprawie niewystarczająca jest jedynie abstrakcyjna obawa ich zaistnienia. Trzeci ze wskazanych celów, tzw. prewencyjne zabezpieczenie w związku z surową karą, ma odmienny charakter. Wiąże się to z przyjętym w tej konstrukcji swoistym ustawowym domniemaniem potrzeby stosowania tego środka dla zapewnienia prawidłowego toku postępowania karnego, w tym działań zmierzających do prawidłowego wykonania orze-

¹¹ L. Bogunia, *Kluczowe zagadnienia wykonywania tymczasowego aresztowania*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, 8, 2001, s. 304.

¹² J. Skorupka, *Stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, Prokuratura i Prawo, 2006, nr 12, s. 109.

czenia. Odstępstwem od procesowych celów (funkcji) tymczasowego aresztowania jest wskazany w sposób ogólny (dla wszystkich środków zapobiegawczych) w art. 249 § 1 k.p.k. cel w postaci zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego ciężkiego przestępstwa. W literaturze podkreśla się, że jest to cel o charakterze akcesoryjno-ochronnym. Cel ten wyraża się w ramach funkcji, w których środki zapobiegawcze (w tym tymczasowe aresztowanie) służą ochronie społeczeństwa przed popełnieniem przez oskarżonego (podejrzanego) nowego, ciężkiego przestępstwa.

Tymczasowe aresztowanie nie może pełnić funkcji restrykcyjnych w odniesieniu do podejrzanego odmawiającego składania wyjaśnień, odmawiającego przyznania się do winy lub składającego wyjaśnienia sprzeczne z wersją śledczą¹³. W żadnym wypadku ten środek nie może także być traktowany jako „kara” za „nieodpowiednią” postawę osoby, wobec której ma być zastosowany. Niedopuszczalne jest również stosowanie tymczasowego aresztowania w celu wywarcia presji na podejrzanego do przyznania się do popełnienia zarzucanego mu czynu zabronionego, złożenia wyjaśnień czy ujawnienia współsprawców¹⁴. Takie pojmowanie funkcji tymczasowego aresztowania pod żadnym względem nie może być akceptowane. Rację ma J. Skorupka¹⁵, który twierdzi, iż tymczasowemu aresztowaniu przypisać należy funkcję zabezpieczająco-prewencyjną i akcesoryjno-ochronną. Ponadto żadnych innych funkcji tymczasowe aresztowanie nie spełnia. Idąc dalej za tym autorem, podkreślić należy, iż spełnianie przez tymczasowe aresztowanie wyłącznie obu wymienionych funkcji zostało podkreślone w przepisach Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁶.

Szczegółne miejsce wśród środków zapobiegawczych wyznaczył tymczasowemu aresztowaniu sam ustawodawca. Za takim traktowaniem tego najsurowszego środka, przemawia tzw. zasada minimalizacji

¹³ Por. postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 19 października 2005 r., II AKz 453/05, OSA 2006, nr 3, poz. 15.

¹⁴ Zob. postanowienie SA w Katowicach z dnia 28 grudnia 2005 r., II AKz 777/05, OSA 2006, nr 1, poz. 5.

¹⁵ J. Skorupka, *op. cit.*, s. 109.

¹⁶ Dz.U. z 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.

środków zapobiegawczych (inaczej tzw. reguła proporcjonalności lub umiaru)¹⁷ – dyrektywa nakazująca sięganie po tymczasowe aresztowanie jedynie wtedy, gdy jest to absolutnie niezbędne¹⁸. Sąd rozważając wniosek prokuratora o zastosowaniu tymczasowego aresztowania zawsze może zdecydować o zastosowaniu mniej dolegliwszego środka zapobiegawczego, niż wnioskowane aresztowanie. Zgodnie z treścią art. 257 § 1 k.p.k., stosuje się je bowiem tylko wtedy, gdy inny środek jest niewystarczający. Przepis ten nakłada na sąd wydający postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania obowiązek zbadania, czy *in concreto* inny środek zapobiegawczy nie spełni w sposób satysfakcjonujący celów określonych w art. 249 § 1 k.p.k.. Obowiązek ten znalazł swój wyraz także w art. 251 § 3 zd. 2 k.p.k., zgodnie z którym w uzasadnieniu postanowienia o zastosowaniu środka zapobiegawczego w formie tymczasowego aresztowania należy wyjaśnić – poza przedstawieniem dowodów świadczących o popełnieniu przez oskarżonego przestępstwa oraz przytoczeniem okoliczności wskazujących na istnienie podstawy i konieczność zastosowania środka zapobiegawczego – dlaczego nie uznano za wystarczające stosowanie innego środka zapobiegawczego. W doktrynie i w orzecznictwie przepis ten jest odczytywany jednoznacznie, jako zakaz łączenia tymczasowego aresztowania z innymi, nieizolacyjnymi środkami zapobiegawczymi¹⁹. Takie stanowisko nie zostało jednak szerzej uzasadnione ani w doktrynie, ani w judykaturze, co nie jest bez znaczenia, gdyż kodeks postępowania karnego nie zakazuje w sposób wyraźny kumulacji tymczasowego aresztowania oraz nieizolacyjnych środków zapobiegawczych²⁰.

¹⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, to. 1: *Komentarz do artykułów 1–682*, wyd. II, Warszawa 2007, s. 908.

¹⁸ J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002, s. 52.

¹⁹ Na przykład: „Tymczasowe aresztowanie ma samodzielny byt, nie może współistnieć z żadnym innym środkiem zapobiegawczym”, zob. R.A. Stefański, [w:] Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, t. 1, s. 671; por. także P. Hofmański, E. Sadzik i K. Zgryzek, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1999, t. 1, s. 931; także postanowienie SA w Warszawie z dnia 14 maja 1996 r., II AKz 387/96, OSN PiPr 1996, z. 12, poz. 21.

²⁰ Uchwała Sądu Najwyższego – Izby Karnej z dnia 22 stycznia 2003 r. (sygn. akt I KZP 36/2002).

Nawet stosując tymczasowe aresztowanie sąd może zastrzec, że środek ten ulegnie zmianie z chwilą złożenia, nie później niż w wyznaczonym terminie, określonego poręczenia majątkowego (art. 257 § 2 k.p.k.). Można więc stwierdzić, że tymczasowe aresztowanie wyraźnie wyróżnia się w systemie środków zapobiegawczych oraz w całym systemie środków przymusu procesowego. Jest to spowodowane zarówno jego surowością, jak i rygorystycznymi zasadami stosowania i wykonywania. Immanentną cechą tego środka jest powinność jego stosowania w wyjątkowych przypadkach jako alternatywa do środków wolnościowych, których stosowanie okazało się nieskuteczne.

Swoistą ilustracją problematyki stosowania tymczasowego aresztowania w ujęciu liczbowym jest poniższe zestawienie (tabela 1). Przytoczone dane stanowią obraz tego, jak doniosłe znaczenie w praktyce ma ten środek zapobiegawczy. Na uwagę zasługują dwa główne wnioski wynikające z analizy przedstawionych danych. W latach 2005–2009 liczba zastosowanych tymczasowych aresztowań w odniesieniu do liczby wniosków prokuratorskich pozostawała na niezmiennie bardzo wysokim poziomie (ok. 90%). Ponadto obserwujemy również ogólny (znaczący) spadek liczbowy zastosowanych tymczasowych aresztowań, z liczby 35 142 w 2005 r. i 34 291 w 2006 r. do wartości 24 848 i 24 967, odpowiednio w latach 2008 i 2009 na rzecz innych wolnościowych środków zapobiegawczych.

Tabela 1. Stosowanie tymczasowego aresztowania

Lata	Wystąpiono do sądu z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania	Sądy zastosowały tymczasowe aresztowanie	Zastosowanie przez sąd tymczasowego aresztowania w odniesieniu do liczby wniosków prokuratora
2005	38 519	35 142	91,2 %
2006	38 032	34 291	90,2 %
2007	36 079	31 722	87,9 %
2008	28 200	24 848	88,1 %
2009	27 918	24 967	89,4 %

Źródło: Wydział Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://www.ms.gov.pl> (odczyt: 23 VI 2011 r.).

Tabela 2. Stosowanie środków zapobiegawczych

Lata	2003	2004	2005	2006	2007	2008
ŁĄCZNIE	82 355 100%	81 282 100%	85 825 100%	–	93 980 100%	86311 100%
Tymczasowe aresztowanie	37 207 45,18%	34 475 42,41%	35 142 40,95%	34 291	31 722 33,75%	24 848 28,79%
Dozór policji	30 903 37,52%	30 654 37,71%	30 891 35,99%	–	33 964 36,14%	34 750 40,26%
Poręczenie majątkowe	6481 7,87%	8593 10,57%	11 510 13,41%	–	15 591 16,59%	16 685 19,33%
Poręczenie osoby godnej zaufania	156 0,19%	120 0,15%	118 0,14%	–	74 0,08%	74 0,09%
Poręczenie społeczne	49 0,06%	54 0,07%	75 0,09%	–	33 0,03%	6 0,007%
Zakaz opuszczania kraju	6882 8,35%	6739 8,29%	7395 8,62%	–	11 084 11,79%	8821 10,22%
Zawieszenie w czynnościach służbowych lub w wykonywaniu zawodu	156 0,19%	244 0,30%	275 0,32%	–	358 0,38%	328 0,38%
Powstrzymanie się od określonej działalności	46 0,06%	123 0,15%	110 0,16%	–	412 0,44%	561 0,65%
Powstrzymanie się od prowadzenia określonego rodzaju pojazdów	475 0,58%	280 0,35%	309 0,36%	–	742 0,79%	238 0,28%

Źródło: J. Kosonoga, *Dozór Policji jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym*, Warszawa 2008, s. 55 (dane za lata 2003–2005); Informacja statystyczna o działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w 2008 r. (dane za lata 2006–2008) – Wydział Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości, <http://www.ms.gov.pl> (odczyt: 21 VI 2011 r.) (obliczenia własne)

Równie istotne dane statystyczne dla omawianej problematyki ukazano w tabeli 2. Pozwalają one na ocenę zakresu stosowania tymczasowego aresztowania na tle pozostałych środków zapobiegawczych. W tabeli zestawiono wartości za lata 2003–2008. Na przestrzeni analizowanych pięciu lat (brak odpowiednich statystyk za rok 2006), tymczasowe aresztowanie było najczęściej stosowanym środkiem zapobie-

gawczym (38,22%), drugi w kolejności środek w postaci dozoru policji miał procentowy udział w wysokości 37,52%. Na pozytywną ocenę zasługuje widoczna zależność pomiędzy spadkiem liczby tymczasowych aresztowań i wzrostem zastosowania dozoru policji. Wydaje się, że złagodzenie polityki w zakresie stosowania środka izolacyjnego²¹ spowodowało wzrost częstotliwości stosowania innych środków wolnościowych. Dlatego też każdorazowo na uwagę i rozpatrzenie zasługują pomysły poszerzenia katalogu środków zapobiegawczych.

Obecna sytuacja w zakresie procentowego udziału stosowania jedynego izolacyjnego spośród wszystkich środków zapobiegawczych jest nieporównywalnie lepsza niż ta z lat wcześniejszych, kiedy to np. w 1984 r. tymczasowe aresztowanie stanowiło 82,4% ogółu zastosowanych środków, w 1988 r. – 54,8%, a w 2000 r. – 48,70%. W dalszym ciągu trudno jednak zgodzić się, iż wskaźnik 38,22% stosowanych tymczasowych aresztowań w stosunku do wszystkich zastosowanych środków zapobiegawczych w badanym okresie spełnia cechy wyjątkowości tego środka w odniesieniu do pozostałych środków zapobiegawczych.

III

W kontekście zagadnień związanych z prawem karnym wykonawczym, bardzo istotnym zadaniem jest precyzyjne określenie celów wykonywania tymczasowego aresztowania. Stosownie do treści art. 207 kodeksu karnego wykonawczego²² wykonanie tymczasowego aresztowania służy realizacji celów, dla których ten środek zastosowano, a w szczególności zabezpieczeniu prawidłowego toku postępowania karnego.

²¹ W kwestii tymczasowego aresztowania jako instrumentu polityki karnej zob. szerzej W. Krzywicki, *Tymczasowe aresztowanie jako instrument polityki karnej*, [w:] S. Waltoś (red.), *Proces karny a polityka karna*, Kraków 1991, s. 25 i n.; M. Melezini, *Punitive wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003, s. 242–245.

²² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997, Nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

Należy zgodzić się z T. Kaliszem²³, który zwraca uwagę na wyraźną intencję ustawodawcy, aby zwrot „w szczególności” w zdaniu drugim przywołanego powyżej przepisu, traktować w kategorii swoistego wyróżnienia. Za słusznością takiego poglądu przemawia, po pierwsze, gramatyczna wykładnia zwrotu „w szczególności”, który w świetle reguł semantycznych oznacza: „w sposób szczególny”, „specjalny”, „zwłaszcza”²⁴. Uwzględniając także płaszczyznę systemową i funkcjonalną, stwierdzić trzeba, że tymczasowe aresztowanie jest instytucją *stricte* procesową, co potwierdza dobitnie wyjątkowe traktowanie w ramach stosowania tej instytucji celu ochronnego. Potwierdzeniem słuszności tak poprowadzonej interpretacji (stanowiącej, iż wykonywanie tymczasowego aresztowania winno koncentrować się zwłaszcza na celach procesowych) są także inne uregulowania zawarte w k.k.w. oraz ustawach szczególnych. Mowa tu chociażby o przepisie art. 207a k.k.w., zgodnie z którym sposób wykonywania tymczasowego aresztowania nie może naruszać uprawnień procesowych tymczasowo aresztowanego oraz o przepisie art. 212 § 2 k.k.w., zgodnie z którym przy rozmieszczeniu tymczasowo aresztowanych administracja aresztu śledczego ma obowiązek uwzględnienia wskazań organu, do którego dyspozycji pozostają, mających na celu zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania karnego i bezpieczeństwa w areszcie śledczym. Znamienne w kontekście uprzywilejowania traktowania celów procesowych jest także brzmienie art. 1 ust. 3 pkt 2 ustawy o Służbie Więziennej²⁵, stanowiące, że do podstawowych zadań tej służby należy wykonywanie tymczasowego aresztowania w sposób zapewniający prawidłowy tok postępowania karnego²⁶.

Zważyć należy, iż postępowanie wykonawcze w przedmiocie tymczasowego aresztowania dotyczyć musi realizacji wszystkich celów, dla których środek ten zastosowano (art. 207 k.k.w. zd. 1), albowiem wska-

²³ T. Kalisz, *Sędziowski nadzór penitencjarny. Polski model nadzoru i kontroli nad legalnością i prawidłowością wykonywania środków o charakterze izolacyjnym*, Wrocław 2010, s. 265.

²⁴ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2006, s. 1498.

²⁵ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U z 2010, Nr 79, poz. 523).

²⁶ T. Kalisz, *op. cit.*, s. 265.

zane cele tymczasowego aresztowania są automatycznie celami jego wykonywania i powinny być konsekwentnie realizowane w ramach postępowania wykonawczego²⁷. W tym miejscu należy przytoczyć słowa S. Paweli²⁸, który trafnie odnosi się do problemu celów wykonywania tymczasowego aresztowania, stwierdzając, że „Prawidłowe wykonywanie tymczasowego aresztowania musi zatem uwzględniać potrzebę realizowania wspomnianego zadania procesowego i wynikające z niego implikacje dotyczące respektowania określonych przepisami praw procesowych aresztowanego. Musi także mieć na uwadze zakres przyczyn, które uzasadniają uchylenie tego środka. Wynikają bowiem z nich wnioski co do zakresu izolacji osób aresztowanych oraz potrzeb w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa, porządku i dyscypliny w areszcie, a także co do sposobu zabezpieczenia przed wzajemną demoralizacją i co do treści pracy penitencjarnej z tymi osobami”.

Kodeks karny wykonawczy, w przeciwieństwie do celów wykonywania kary pozbawienia wolności, nie określa wprost środków koniecznych dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego. Określone dyrektywy w tym przedmiocie sformułowane są jedynie w art. 221a k.k.w., który to przepis ma „charakter wykonawczy” w stosunku do art. 207 k.k.w. W myśl art. 221a k.k.w. poruszanie się tymczasowo aresztowanych po terenie aresztu śledczego, nauczanie i zatrudnienie, bezpośrednie uczestniczenie w nabożeństwach, spotkaniach religijnych i nauczaniu religii oraz korzystanie z widzeń, spacerów, kąpeli, zajęć kulturalno-oświatowych, z zakresu kultury fizycznej i sportu, a także ich udział w czynnościach procesowych,

²⁷ T. Kalisz, *Sędziowski nadzór penitencjarny. Polski model nadzoru i kontroli nad legalnością i prawidłowością wykonywania środków o charakterze izolacyjnym*, Wrocław 2010, s. 264. S. Lelental zwraca uwagę na fakt, iż inne niż „zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania karnego” celem wykonywania tymczasowego aresztowania praktycznie nie wchodzi w grę. Przepis art. 207 k.k.w. stanowi o wielości celów wykonywania tymczasowego aresztowania, podczas gdy w istocie chodzi wyłącznie o jeden cel, tj. zabezpieczenie prawidłowego postępowania karnego. (S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2010, s. 839). Wydaje się, iż kwestię tę lepiej regulował przepis art. 82 k.k.w. z 1969 r., który stanowił, że „wykonanie tymczasowego aresztowania służy realizacji celów, dla których środek ten zastosowano, to jest powinno zabezpieczać prawidłowy tok postępowania karnego w warunkach przewidzianych w przepisach prawa”.

²⁸ S. Pawela, *op. cit.*, s. 253.

odbywa się z uwzględnieniem konieczności zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego. Szczególne dalej idące ograniczenia w zakresie, o którym mowa powyżej, stosuje się, zgodnie z treścią art. 212b k.k.w., wobec tymczasowo aresztowanych „niebezpiecznych”. Niezwykle istotne znaczenie dla omawianej problematyki mają kwestie związane już z samym przyjęciem i właściwym rozmieszczeniem tymczasowo aresztowanych w areszcie śledczym.

Wskazana w art. 210 k.k.w. norma stanowi, że przyjmując tymczasowo aresztowanego do aresztu śledczego, należy go bezzwłocznie poinformować o przysługujących mu prawach i ciężących na nim obowiązkach, a zwłaszcza umożliwić mu zapoznanie się z przepisami kodeksu karnego wykonawczego i regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania. Powyższa regulacja konkretyzuje wobec osadzonego zasadę informacji (lojalności procesowej, zasadę uczciwej gry). Tymczasowo aresztowanego informuje się także o możliwości wystąpienia w czasie pobytu w jednostce penitencjarnej zagrożeń dla jego bezpieczeństwa osobistego oraz zetknięcia się z przejawami negatywnych zachowań charakterystycznych dla środowisk przestępczych, a także o potrzebie powiadamiania przełożonych o zagrożeniach bezpieczeństwa osobistego swojego i innych tymczasowo aresztowanych. Niezwłocznie po umieszczeniu tymczasowo aresztowanego w celi przejściowej, wychowawca lub wyznaczony funkcjonariusz Służby Więziennej przeprowadza z nim rozmowę informacyjną, w której zapoznaje go w szczególności z prawami i obowiązkami oraz ustalonym w areszcie porządkiem wewnętrznym (§ 9 ust. 1 regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania). Niezależnie od przeprowadzonej rozmowy informacyjnej, nie później niż w terminie dwóch dni od przyjęcia do jednostki penitencjarnej, wychowawca przeprowadza z tymczasowo aresztowanym rozmowę wstępną, mającą na celu zapewnienie prawidłowego wykonania tymczasowego aresztowania²⁹. Wprowadzenie

²⁹ Dodatkowym uszczegółowieniem treści rozmowy informacyjnej i rozmowy wstępnej są regulacje zawarte w zarządzeniu nr 2/04 dyrektora generalnego Służby Więziennej z dnia 24 lutego 2004 r. w sprawie szczegółowych zasad prowadzenia i organizacji pracy penitencjarnej oraz zakresów czynności funkcjonariuszy i pracowników działów penitencjarnych i terapeutycznych.

dwóch rodzajów rozmów przeprowadzanych przy przyjęciu tymczasowo aresztowanych jest rozwiązaniem dobrym, albowiem odpowiednia wiedza tymczasowo aresztowanego w zakresie jego praw i obowiązków ma zasadnicze znaczenie dla praworządnego wykonania najsurowszego środka zapobiegawczego. Pomaga też w podmiotowym traktowaniu tymczasowo aresztowanego, z poszanowaniem jego godności.

Realizacji celów tymczasowego aresztowania służy także właściwe rozmieszczenie tymczasowo aresztowanych w areszcie śledczym. Zgodnie z art. 212 k.k.w. podstawowym kryterium rozmieszczania tymczasowo aresztowanych jest chęć zapobiegnięcia ich wzajemnej demoralizacji. Ustawodawca w szczególności zwraca uwagę na potrzebę oddzielenia niekaranych od uprzednio karanych odbywających karę pozbawienia wolności oraz młodocianych od dorosłych. Poza tym kryterium podstawowym przy rozmieszczeniu tymczasowo aresztowanych w oddziałach i celach mieszkalnych bierze się pod uwagę w szczególności:

- konieczność oddzielenia tymczasowo aresztowanych od skazanych;
- potrzebę oddzielenia tymczasowo aresztowanych funkcjonariuszy organów powołanych do ochrony bezpieczeństwa publicznego albo funkcjonariuszy i pracowników Służby Więziennej, pracowników organów wymiaru sprawiedliwości i ścigania od pozostałych tymczasowo aresztowanych;
- zalecenia lekarskie, psychologiczne i rehabilitacyjne;
- potrzebę zapewnienia porządku i bezpieczeństwa w areszcie, potrzebę kształtowania właściwej atmosfery wśród tymczasowo aresztowanych oraz konieczność zapobiegania samoagresji i popełnianiu przestępstw podczas tymczasowego aresztowania.

Szczególnie istotne znaczenie przy analizie celów wykonywania tymczasowego aresztowania mają przepisy gwarantujące tymczasowo aresztowanemu możliwość obrony w toczącym się przeciwko niemu postępowaniu karnemu. Pamiętać należy, że ze względu na faktyczne pozbawienie wolności tymczasowo aresztowanego jego możliwości w zakresie przygotowania do obrony są znacznie utrudnione w porównaniu z oskarżonym odpowiadającym z wolnej stopy. Podstawowy w tej kwestii art. 207a k.k.w. stanowi iż sposób wykonywania tymczasowego

aresztowania nie może naruszać uprawnień procesowych tymczasowo aresztowanego. Również ta regulacja oznacza, że pozycja procesowa ma wyraźnie nadrzędny charakter, w stosunku do procedury wykonawczej. Z przepisem tym koresponduje art. 215 k.k.w. Stosownie do jego treści, tymczasowo aresztowany ma prawo do porozumiewania się z obrońcą podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie (§ 1). Ponadto tymczasowo aresztowanemu należy umożliwić przygotowanie się do obrony (§ 2). Normę tę należy traktować jako swoisty obowiązek leżący po stronie administracji penitencjarnej³⁰. Obowiązek ten może polegać w szczególności na:

1) bezzwłocznym przesyłaniu i doręczaniu tymczasowo aresztowanemu korespondencji do i od organów, dyspozycji których pozostaje (por. § 16–22 Regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania³¹);

2) przestrzeganiu prawa tymczasowo aresztowanego do posiadania w celi mieszkalnej dokumentów związanych z postępowaniem karnym, którego jest uczestnikiem (art. 110a k.k.w.);

3) respektowaniu art. 6 ust. 3 lit. b EKPCz³², zgodnie z którym tymczasowo aresztowany ma prawo do „posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony”³³.

W doktrynie, mając na uwadze przepisy gwarantujące tymczasowo aresztowanemu szeroką pojęte prawo do obrony, wskazuje się na wadliwą redakcję art. 222 § 2 pkt 7 k.k.w. Stosownie bowiem do treści tego przepisu tymczasowo aresztowanemu można wymierzyć karę dyscyplinarną skutkującą pozbawieniem prawa dokonywania zakupów artykułów żywnościowych i wyrobów tytoniowych oraz innych artykułów dopuszczonych o sprzedaży w areszcie śledczym na okres do 1 miesiąca. Jak słusznie zauważa Rzecznik Praw Obywatelskich, w praktyce oznacza to zakaz dokonywania zakupu wszel-

³⁰ L. Bogunia, *op. cit.*, s. 313.

³¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania (Dz.U. z 2003, Nr 152, poz. 1494).

³² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993, Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

³³ S. Lelental, *op. cit.*, s. 875.

kich artykułów w kantynie aresztu śledczego we wskazanym okresie, w tym także znaczków pocztowych, kopert i artykułów piśmienniczych. Mając na uwadze fakt, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami, w stosunku do tymczasowo aresztowanego posiadającego środki finansowe na koncie depozytowym administracja areszt śledczego nie ma obowiązku zapewnienia papieru, znaczków czy kopert w celu prowadzenia korespondencji zarówno urzędowej, jak i prywatnej (§ 16 pkt 3 i § 18 Regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania), wymierzenie kary pozbawienia określonej w art. 222 § 2 pkt 7 k.k.w. pociąga za sobą konsekwencje w postaci pozbawienia lub co najmniej ograniczenia możliwości prowadzenia przez tymczasowo aresztowanego korespondencji, a przez to pozbawienia lub ograniczenia możliwości korzystania z przysługujących mu praw, w szczególności prawa do utrzymywania więzi z rodziną, kontaktu z obrońcą i pełnomocnikiem, a także prawa do korzystania ze środków zaskarżania decyzji i orzeczeń wydawanych w postępowaniu karnym³⁴. *De lege ferenda* trzeba postulować pilną interwencję ustawodawcy w tym zakresie. Wydaje się, że dobrym pomysłem byłaby rezygnacja z całkowitego zakazu dokonywania zakupu wszelkich artykułów dopuszczonych do sprzedaży w areszcie śledczym i ograniczenie zakazu jedynie na artykuły spożywcze i wyroby tytoniowe, tak jak obecnie w przypadku analogicznej kary dyscyplinarnej wymierzonej skazanym określonej w art. 143 § 1 pkt 5 k.k.w. Trafnie stwierdza bowiem RPO, oceniając opisany stan prawny: „Zróżnicowanie sytuacji skazanych i tymczasowo aresztowanych na niekorzyść tych ostatnich, w zakresie wymierzania wskazanej kary dyscyplinarnej nie znajduje uzasadnienia. Nie tłumaczy go w szczególności potrzeba zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego” (z pisma RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 grudnia 2008 r.).

³⁴ W wystąpieniach i pismach do Ministra Sprawiedliwości Rzecznik Praw Obywatelskich wielokrotnie wskazywał na konieczność podjęcia inicjatywy legislacyjnej w celu zmiany wskazanego przepisu. Należy tu wymienić: wystąpienie RPO z dnia 10 stycznia 2006 r. oraz dwa pisma RPO do Ministra Sprawiedliwości: pismo RPO-495652-VII-704.1-/05/MK z dnia 10 grudnia 2008 r. oraz pismo RPO-495652-VII-7004.1/05/MK z dnia 10 kwietnia 2010 r.. Zob. także S. Lelental, *op. cit.*, s. 896–897.

Odmienności w wykonywaniu kary pozbawienia wolności wobec kobiet w obowiązującym ustawodawstwie polskim

Od wielu lat podejmowane są wysiłki na płaszczyźnie ustawodawczej, a także w ramach praktyki penitencjarnej, by odbywanie kary pozbawienia wolności przez kobiety miało wymiar coraz bardziej humanitarny. Dowodem są liczne publikacje dotyczące tej problematyki¹. W świetle oficjalnych statystyk sądowych i policyjnych przestępczość kobiet jest dużo niższa niż liczba przestępstw dokonywanych przez mężczyzn, jednakże liczba popełnianych przestępstw przez tę grupę stale rośnie. Mimo to w polskich jednostkach penitencjarnych średnio rocznie izolowanych jest około 2500 osadzonych kobiet (zob. tabela 1). Postępowanie z tą grupą stanowi w praktyce odrębny problem natury penitencjarnej, determinowany zwłaszcza przez biologiczne i psychologiczne uwarunkowania płci².

W literaturze penitencjarnej podkreśla się znaczną trudność, jaka jest udziałem kobiet w związku z procesem przystosowania się do warunków izolacji więziennej³. Autorzy poruszający zagadnienie kobiet w więzieniu zwracają uwagę na ich odmienność w porównaniu z mężczyznami: kobiety są bardziej delikatne, wrażliwe i mimo że stopień ich demoralizacji jest różny, to nie ulega wątpliwości, iż dominu-

¹ J. Błachut, *Kobiety recydywistki w świetle badań kryminologicznych*, Wrocław 1984; T. Kolarczyk, J. Kubiak, P. Wierzbicki, *Przestępczość kobiet. Aspekty kryminologiczne i penitencjarne*, Warszawa 1984; J. Niedworok, *Matki więźniarki i ich dzieci w zakładach penitencjarnych*, Wrocław 1988; M. Bramska, *Kobiety pozbawione wolności*, Biuletyn RPO – Materiały, 1997, nr 32, s. 11 i n.; J. Dybalska (red.), *Kobieta w więzieniu. Polski system penitencjarny wobec kobiet w latach 1998–2008*, Warszawa 2009.

² T. Kalisz, *Populacja kobiet osadzonych w polskich jednostkach penitencjarnych*, [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. 20, 2006, s. 263 i n.

³ M. Ciosek, *Psychologia sądowa i penitencjarna*, Warszawa 2001, s. 195 i n.

jącą rolą w ich życiu jest rola matki i żony. Ich izolacja powoduje stały niepokój. Kobiety ze względu na swoją odrębność biologiczną wymagają mniej surowych, bardziej „kobiecych” warunków odbywania kary (zwłaszcza w zakresie sanitarno-bytowym). Konieczne jest złagodzenie reżimu i dyscypliny więziennej⁴. Celem tego opracowania jest ukazanie odstępstw od ogólnych zasad wykonywania kary pozbawienia wolności, jakie dotyczą kobiet, w świetle obowiązujących w polskim systemie penitencjarnym regulacji normatywnych.

Tabela 1. Struktura populacji osadzonych kobiet

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Ogółem	2309	2359	2668	2598	2542	2697
Tymczasowo aresztowane	740	666	683	524	416	438
Skazane	1541	1660	1958	2054	2097	2236
Ukarane	28	33	27	20	29	23

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Centralnego Zarządu Służby Więziennej (CZSW) (stan z 6 XII 2010 r.).

Tabela 2 prezentuje udział kobiet w całej populacji osadzonych w latach 2004–2009. Mimo że kobiety stanowią znikomy odsetek osób pozbawionych wolności, zauważalna jest tendencja wzrostowa. W analizowanym okresie ich udział wśród wszystkich osadzonych kształtował się w przedziale od 2,9% do 3,2%. Natomiast liczba karnie izolowanych mężczyzn nieznacznie spada. Udział mężczyzn w całej populacji osadzonych oscyluje w granicach 97%.

Punktem wyjścia do omówienia odmienności dotyczących kobiet w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności jest art. 87 k.k.w.⁵ Paragraf 1 tego przepisu stanowi, że kobiety odbywają karę pozbawienia wolności odrębnie od mężczyzn. Należy mieć na uwa-

⁴ H. Machel, *Więzienie jako instytucja karna i resocjalizacyjna*, Gdańsk 2003, s. 269.

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. 1997, Nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

Tabela 2. Udział kobiet w całej populacji osadzonych

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Ogółem osadzonych	80 368	82 955	88 647	87 776	83 152	84 003
	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Mężczyźni	78 059	80 596	85 979	85 178	80 610	81 306
	97,1%	97,2%	97,0%	97,0%	96,9%	96,8%
Kobiety	2309	2359	2668	2598	2542	2697
	2,9%	2,8%	3,0%	3,0%	3,1%	3,2%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych statystycznych CZSW (stan z 6 XII 2010 r.).

dze, że nie jest to równoznaczne temu, aby kobiety odbywały karę w wyłącznie przeznaczonych dla nich zakładach karnych określonego rodzaju i typu. Zasada głosząca, że kobiety odbywają karę oddzielnie od mężczyzn, jest już spełniona, gdy zostaną rozmieszczone w celach wyłącznie dla nich przeznaczonych⁶. W tym miejscu wspomnieć należy o art. 74 k.k.w., na podstawie którego minister sprawiedliwości może w drodze rozporządzenia tworzyć zakłady karne inne niż wymienione w k.k.w. Może więc utworzyć zakład karny przeznaczony dla kobiet. Takim zakładem w przyszłości mógłby być odrębny rodzaj zakładu karnego, przeznaczony wyłącznie dla kobiet.

W paragrafie 2 art. 87 k.k.w. ustawodawca wskazuje, że podstawowym typem zakładu karnego, w którym kobiety odbywają karę, jest zakład karny typu półotwartego, chyba że stopień demoralizacji lub względy bezpieczeństwa przemawiają za odbywaniem kary w innym typie zakładu karnego. Taka regulacja jest wynikiem tego, że kobiety znacznie gorzej znoszą odbywanie kary w warunkach izolacji niż mężczyźni. Z drugiej strony kobiety nie stanowią takiego zagrożenia i niebezpieczeństwa dla zakładu karnego jak mężczyźni. Jednakże należy mieć na względzie, jak już wcześniej wspomniałam, że zasada odbywania kary przez kobiety w zakładzie karnym typu półotwartego

⁶ S. Leleńtal, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 379.

nie ma zastosowania w przypadku, gdy stopień demoralizacji skazanej lub względy bezpieczeństwa przemawiają przeciwko umieszczeniu w tym typie zakładu karnego. Skazane kobiety mogą więc odbywać karę w zakładach typu półotwartego, otwartego i zamkniętego oraz mogą wobec nich zostać zastosowane wszystkie systemy wykonywania kary pozbawienia wolności, czyli system programowanego oddziaływania, system terapeutyczny oraz zwykły. W tym miejscu warto wspomnieć o art. 88 § 6 k.k.w., który stwierdza, że do zakładu karnego typu zamkniętego można kierować skazane kobiety ze względu na zagrożenie społeczne albo zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu, oraz o art. 89 k.k.w., który przewiduje, zgodnie z zasadą wolnej progresji, możliwość awansowania oraz degradowania skazanych.

Ważną kwestią jest zapewnienie kobiecie ciężarnej lub karmiącej opieki specjalistycznej. Mówi o tym § 3 art. 87 k.k.w. i jest to niewątpliwie wyraz nadania specjalnego statusu kobiecie ciężarnej lub karmiącej. Kobietom w ciąży powinno się zapewnić wsparcie i informacje, które mogłyby im pomóc w lepszym przeżyciu okresu ciąży i macierzyństwa. Warto w tym miejscu wspomnieć o innych uregulowaniach dotyczących tej kategorii skazanych kobiet: art. 112 § 1 k.k.w., który ustanawia prawo do dłuższego spaceru, art. 113a § 1 regulujący prawo do dodatkowych zakupów artykułów żywnościowych oraz art. 143 § 2 zakazujący stosowania niektórych kar dyscyplinarnych wobec tej kategorii skazanych. Wyłączenie w przypadku kobiet kary w postaci umieszczenia w celi izolacyjnej, pozbawienia otrzymywania paczek żywnościowych, a także możliwości dokonywania artykułów żywnościowych wynika z dwóch kluczowych zasad: indywidualizacji oraz humanitaryzmu, gdyż dzieci osadzonych w żaden sposób nie powinny odpowiadać za niewłaściwe czyny swoich matek⁷.

Na prośbę skazanych kobiet wychowujących dzieci do lat 3 i za zgodą sądu opiekuńczego można zezwolić im na opiekowanie się dziećmi w domach matki i dziecka, które są organizowane przy zakładach karnych, chyba że względy wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa, przemawiają za oddzie-

⁷ T. Szymanowski, [w:] T. Szymanowski, Z. Świda, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 332.

leniem dziecka od matki albo za przedłużeniem lub skróceniem tego okresu (art. 87 § 4 k.k.w.). To zastrzeżenie jest zasadne, ponieważ w pewnych wypadkach kobieta zdemoralizowana może traktować dziecko instrumentalnie. Sąd rodzinny, jako władza opiekuńcza, rozstrzyga wszelkie sprawy dotyczące tego, czy skazana matka może troszczyć się o swoje dziecko. Domy dla matki i dziecka są instytucją znaną polskiemu ustawodawstwu i mimo licznych uwag krytycznych kodeks karny wykonawczy nadal utrzymuje tę instytucję. Jest to bez wątplenia podyktowane dobrem dziecka, ale z drugiej strony mamy wpływ środowiska więziennego na rozwój emocjonalno-społeczny dziecka⁸. Utrzymanie więzi rodzinnych jest istotnym sposobem na zapobieganie recydywie i na reintegrację społeczną. Jednocześnie nadrzędne dobro dziecka powinno być zawsze brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o odseparowaniu lub pozostawieniu go przy osadzonej w więzieniu matce.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że na podstawie art. 87 § 5 k.k.w. zostało wydane rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka⁹. Przyjęcie dziecka z matką następuje na pisemny wniosek matki złożony do dyrektora zakładu karnego, przy którym dom został zorganizowany. Do wniosku dołącza się akt urodzenia dziecka. O złożeniu wniosku dyrektor zakładu karnego powiadamia sąd opiekuńczy. Umieszczenie dziecka w domu wymaga zgody ojca, jeżeli przysługuje mu władza rodzicielska. W przypadku braku takiej zgody lub niemożliwości jej uzyskania decyduje rozstrzygnięcie sądu opiekuńczego. Matka wraz z dzieckiem zostają przyjęci do domu z chwilą uzyskania zgody sądu opiekuńczego, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach matka wraz z dzieckiem mogą zostać przyjęte do domu z chwilą złożenia wniosku i pozostać w nim do czasu uzyskania zgody sądu opiekuńczego. Warto dodać, że pomimo uprzedniej zgody sądu opiekuńczego decyzje takie podlegają kontroli sędziego

⁸ *Ibidem*, s. 193–194.

⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasad organizowania i działania tych placówek (Dz.U. 2003, Nr 175, poz. 1709).

penitencjarnego w trybie art. 34 k.k.w., a także mogą być zaskarżone przez skazaną do sądu penitencjarnego na podstawie art. 7 k.k.w. oraz podlegają kontroli w trybie art. 78 § 2 k.k.w. Decyzje w przedmiocie kierowania i przebywania skazanej i dziecka w domu dla matki i dziecka nie są decyzjami typu „skierowanie do odpowiedniego typu zakładu karnego”, w związku z tym nie należą do komisji penitencjarnej¹⁰.

Domem dla matki i dziecka kieruje jego kierownik, który podlega dyrektorowi zakładu karnego. Dom powinien składać się z następujących pomieszczeń: pokoje sypialne dla matek i dzieci, sale do zajęć pielęgnacyjnych i wychowawczych, pomieszczenia do udzielania świadczeń zdrowotnych, pomieszczenia do przygotowywania posiłków, pomieszczenia sanitarne i gospodarcze, pokoje dla personelu, pomieszczenie izby chorych. Kwestie te uregulowane są w § 10 omawianego rozporządzenia. Warto wspomnieć, że wyposażenie wszystkich pomieszczeń domu powinno być zbliżone do warunków domowych.

Ważną regulacją jest § 12 tego rozporządzenia, zgodnie, z którym dyrektor zakładu karnego powołuje zespół opiekuńczo-wychowawczy, który ma za zadanie programowanie, ocenianie, przygotowywanie warunków do działalności opiekuńczej, edukacyjnej, resocjalizacyjnej. Można stwierdzić, że zespół ten jest przykładem „innego organu kolegialnego” (oprócz komisji penitencjarnej powoływanej w każdym zakładzie karnym), który jest przewidziany w art. 77 k.k.w.¹¹

Godny uwagi jest również fakt, że dla organizowania i działania domów dla matki i dziecka nie stosuje się art. 69 k.k.w., mówiącego o wykonywaniu kary pozbawienia wolności w zakładach karnych określonych rodzajów. Nie jest więc ważne, czy skazana kobieta jest młodocianą, recydywistką penitencjarną czy odbywającą karę po raz pierwszy, gdyż zawsze będzie osadzona w zakładzie karnym, przy którym jest dom matki i dziecka¹².

Bardzo ważną regulację zawiera art. 87a k.k.w., zgodnie z którym wykonując karę wobec skazanych sprawujących stałą pieczę

¹⁰ Z. Hołda, [w:] Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2006, s. 360–361.

¹¹ *Ibidem*, s. 361.

¹² *Ibidem*, s. 361.

nad dzieckiem do lat 15, uwzględnia się w szczególności potrzebę inicjowania, podtrzymywania i zacieśniania ich więzi uczuciowej z dziećmi, wywiązywania się z obowiązków alimentacyjnych oraz świadczenia pomocy materialnej dzieciom, a także współdziałania z placówkami opiekuńczo-wychowawczymi, w których te dzieci przebywają. Ta kategoria skazanych powinna być w miarę możliwości osadzona w odpowiednich zakładach karnych, położonych najbliżej miejsca pobytu dzieci. Niewątpliwie podtrzymywanie kontaktów z rodziną należy do podstawowych środków w oddziaływaniu na skazanych (art. 67 § 3 k.k.w.). Komentowany artykuł odnosi się nie tylko do kobiet, ale również do mężczyzn, którzy sprawują stałą opiekę nad dzieckiem do lat 15.

W tym miejscu warto wspomnieć o dwóch regulacjach zawartych w kodeksie karnym wykonawczym, mianowicie o art. 105a § 3 oraz art. 122 § 2. Na podstawie pierwszego z tych przepisów skazany ma prawo do dodatkowego widzenia z dziećmi, natomiast drugi stanowi, że pracę zapewnia się przede wszystkim tym skazanym, którzy są zobowiązani do świadczeń alimentacyjnych lub mających szczególnie trudną sytuację materialną, osobistą lub rodzinną.

W mojej ocenie, warto rozstrzygnąć relację pomiędzy art. 87 § 2 a art. 100 k.k.w. Bez wątplenia celem każdego z tych przepisów jest ułatwienie kontaktów skazanego z rodziną. Pod tym względem nie ma znaczenia, czy dzieci skazanej (skazanego) przebywają w miejscu jej (jego) zamieszkania czy w placówkach opiekuńczo-wychowawczych, które mogą być położone zarówno w miejscu zamieszkania skazanej (skazanego), jak i w innym miejscu. Tymczasem według art. 87a § 2 k.k.w. skazani (zarówno kobiety, jak i mężczyźni), o których mowa w tym przepisie, powinni być w miarę możliwości osadzeni w odpowiednich zakładach karnych położonych najbliżej miejsca pobytu dzieci. Natomiast według art. 100 k.k.w. skazani odbywają karę we właściwych zakładach karnych położonych w miarę możliwości najbliżej ich miejsca zamieszkania. Unormowanie zawarte w pierwszym z tych dwóch przepisów jest więc zdecydowanie mniej korzystne niż rozwiązanie przyjęte w art. 100 k.k.w.¹³

¹³ S. Lelental, *op. cit.*, s. 382.

Wyjątek dotyczący kobiet zawiera również art. 151 k.k.w., który dotyczy instytucji odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności. Paragraf 3 omawianego przepisu stanowi, że odroczenie może być udzielane kilkakrotnie, jednakże łączny okres odroczenia nie może przekraczać roku, chyba że chodzi o kobietę ciężarną lub w okresie 3 lat po urodzeniu dziecka i sprawowania nad nim opieki. Jest to odstępstwo o charakterze podmiotowym. Maksymalny okres odroczenia w takim wypadku nie może trwać dłużej niż wynosi okres ciąży, z której powodu nastąpiło odroczenie, a następnie 3-letni okres po urodzeniu dziecka. Przesłanką stosowania tego przepisu jest fakt sprawowania osobistej opieki przez skazaną nad dzieckiem oraz ustalenie, że umieszczenie skazanej w zakładzie karnym pociągnęłoby zbyt ciężkie skutki dla dziecka lub innych członków rodziny skazanej. Należy dodać, że odroczenie wykonania kary kobiecie ciężarnej i w okresie 3 lat po urodzenia dziecka może nastąpić również po wykorzystaniu przez skazaną rocznego okresu odroczenia wykonania kary, który uzasadniony był przesłankami zawartymi w art. 151 § 1 k.k.w.: jeżeli natychmiastowe wykonanie kary pociągnęłoby dla skazanego lub jego rodziny zbyt ciężkie skutki lub jeżeli liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekracza w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów. Warto zaznaczyć, że odroczenie w okresie ciąży i 3 lat po urodzeniu dziecka jest fakultatywne. Istnieje możliwość osadzenia skazanej w zakładzie karnym, przy którym zorganizowany jest dom dla matki i dziecka. Odroczenie to może być udzielane kilkakrotnie, na okres nie dłuższy niż 6 miesięcy. Można również stwierdzić, że odroczenie wykonania kary na okres do 3 lat po urodzeniu dziecka nie ma charakteru jednorazowego. Jeżeli po wykorzystaniu tego okresu lub w trakcie korzystania z odroczenia wykonania kary skazana ponownie zajdzie w ciążę lub będzie osobiście sprawowała opiekę nad swoim kolejnym dzieckiem, to zaistnieją podstawy do odroczenia wykonania kary z tej przyczyny na kolejny okres, o którym mowa w art. 151 § 3 k.k.w.¹⁴

Warto wspomnieć również o art. 116 k.k.w., który mimo że bezpośrednio nie jest związany z omawianą problematyką, to jednak doty-

¹⁴ Z. Hołda, *op. cit.*, s. 503–504.

czy wykonywania kary pozbawienia wolności wobec kobiet. Przepis ten reguluje zasady kontroli osobistej i stanowi, że kontrola ta polega na oględzinach ciała oraz sprawdzeniu odzieży, bielizny i obuwia, a także przedmiotów posiadanych przez skazanego. Oględziny ciała oraz sprawdzenie odzieży i obuwia przeprowadzane są w pomieszczeniu podczas nieobecności osób postronnych oraz osób odmiennej płci i dokonywane są za pośrednictwem osoby tej samej płci.

Unormowania dotyczące kobiet można również znaleźć w regulaminie organizacyjno-porządkowym wykonywania kary pozbawienia wolności¹⁵. Paragraf 27 tego regulaminu stanowi, że wobec skazanych kobiet ciężarnych i karmiących dyrektor może dokonywać, na wniosek lekarza lub po zasięgnięciu jego opinii, niezbędnych odstępstw od przewidzianego w regulaminie sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności w zakresie wynikających z potrzeby uwzględnienia stanu fizycznego lub psychicznego tych kobiet. Co ważne, skazaną kobietę ciężarną przenosi się na dwa miesiące przed przewidywanym terminem porodu do szpitalnego oddziału ginekologiczno-położniczego w zakładzie karnym lub areszcie śledczym. W zakresie higieny osobistej skazana kobieta korzysta co najmniej raz dziennie z ciepłej wody i dwa razy w tygodniu z ciepłej kąpieli. Jest to unormowanie inne, aniżeli w stosunku do skazanych mężczyzn, którzy co do zasady korzystają z ciepłej kąpieli raz w tygodniu (§ 30 regulaminu).

W ustawie o Służbie Więziennej¹⁶ również możemy znaleźć pewne regulacje dotyczące skazanych kobiet, które są związane z problematyką stosowania względem osób pozbawionych wolności środków przymusu bezpośredniego. Artykuł 19 tej ustawy wymienia następujące środki przymusu bezpośredniego: 1) siła fizyczna; 2) cela zabezpieczająca; 3) kask ochronny; 4) kajdanki lub prowadnice; 5) urządzenia techniczne powodujące blokadę stawu kolanowego; 6) środki techniczne w postaci maski, zasłony na twarz albo kask z przyłbicą, tłumiące głos albo zestaw głośnikowy; 7) wodne środki obezwładnia-

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz.U. 2003, Nr 52, poz. 1493).

¹⁶ Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. z 2010, Nr 79, poz. 523).

jące; 8) siatka obezwładniająca; 9) chemiczne środki obezwładniające lub inne środki o podobnym działaniu; 10) urządzenia olśniewające; 11) petardy lub inne środki hukowo-błyskowe; 12) środki do obezwładniania za pomocą ładunku elektrycznego; 13) pasy obezwładniające lub kaftan bezpieczeństwa; 14) pałki służbowe; 15) pociski niepenetracyjne, miotane z broni palnej lub innych urządzeń. Wobec kobiety pozbawionej wolności będącej w widocznej ciąży lub o której wiadomo, że jest w ciąży, nie stosuje się środków przymusu bezpośredniego wymienionych w ust. 1 pkt 6–15.

Kobiety, stanowią niewielki, lecz wciąż rosnący odsetek osób osadzonych w więzieniach, dlatego odbywanie przez nie kary to ważny problem. Mimo że wobec kobiet, które odbywają karę pozbawienia wolności stosowane są liczne odrębności dotyczące wielu istotnych aspektów to w systemie penitencjarnym, który powstawał przede wszystkim z myślą o mężczyznach, praktyka penitencjarna często nie zajmuje się w dostatecznym stopniu potrzebami kobiet. Kobiety mają odmienne potrzeby w zakresie higieny, opieki macierzyńskiej i zdrowia ginekologicznego, a także zdrowia psychicznego, zwłaszcza ze względu na częściej występujące wśród nich w przeszłości przypadki przemocy fizycznej, emocjonalnej czy seksualnej. Odmienności osobowości kobiet oraz ich sytuacji społecznej są niekwestionowane, dlatego problem ten jest w prawie penitencjarnym bardzo ważny, zarówno z punktu widzenia zarówno praktyki, jak i teorii.

Rola orzecznictwa Sądu Najwyższego w prawidłowej subsumpcji czynu pod normę prawa karnego materialnego na tle prawnokarnej ochrony znaków towarowych (art. 305 p.w.p.)

I

Prawu karnemu, jako jednej z fundamentalnych gałęzi prawa, przypisuje się realizację wielu funkcji, z których podstawowe znaczenie ma nie tylko funkcja ochronna, kompensacyjna czy represyjna, ale także funkcja gwarancyjna. W dużym uproszczeniu można przyjąć, że ostatnia z wymienionych funkcji sprowadza się do postulatu, by zakres czynów zakazanych pod groźbą kary pozostawał precyzyjny i jasny, a co za tym idzie, by warunki i granice stosowania represji karnej były ściśle określone, zabezpieczając w ten sposób jednostkę przed nieuzasadnioną ingerencją ze strony władzy państwowej. Nie można przy tym zapominać, że środkiem do realizacji wskazanego celu pozostaje przede wszystkim precyzyjne budowanie, dookreślanie, a niekiedy i różnicowanie poszczególnych pojęć ustawowych. Szczególnie zatem w przypadku prawa karnego, rudymenarne zasady legislacji wymagają, by ustawodawca, tworząc prawo, nie tracił z oczu względów gwarancyjnych, które przez to prawo ma urzeczywistnić i to nie tylko z punktu widzenia interesów adresatów norm prawnych, ale także z uwagi na potrzebę zachowania spójności całego systemu prawa karnego.

Konsekwencje niepożądaney na gruncie omawianej tu gałęzi prawa „sytuacji wykładni” bywają różne, w zależności od tego, w jaki sposób

radzi sobie z nimi doktryna i judykatura. Nie ulega przy tym wątpliwości, że jeśli samej doktrynie nie udaje się wypracować jednolitego i zadawalającego¹ stanowiska, a sądy powszechne dostrzegają potrzebę doprecyzowania zapisów ustawy, jedynym rozwiązaniem pozostaje sięgnięcie po niekwestionowany autorytet Sądu Najwyższego i zwrócenie się doń o rozstrzygnięcie konkretnego zagadnienia prawnego². Błędne byłoby jednak wyobrażenie, że wydanie orzeczenia przez Sąd Najwyższy zawsze stanowi ostateczne rozwiązanie problemu. Znane są przecież praktyce stosowania prawa sytuacje, w których sam Sąd Najwyższy decyduje się na zmianę przyjętej przez siebie linii orzeczniczej. Inna rzecz, że także doktryna nie pozostaje bierna wobec prac Sądu Najwyższego i nie zaprzestaje forsować poglądów krytycznych z tego tylko powodu, że określone zagadnienia prawne stały się już przedmiotem zainteresowania jego orzeczeń. Z ubolewaniem stwierdzić jednak należy, że ten pośredni wpływ przedstawicieli doktryny na kształtowanie poglądów Sądu Najwyższego bywa znikomy, a sama komunikacja między glosatorami orzeczeń a ich autorami wydaje się niekiedy ledwo dostrzegalna. Jeśli zaś weźmie się pod uwagę, że bez względu na siłę autorytetu glosatorów, rozstrzygające znaczenie zawsze ma autorytet Sądu Najwyższego, może się w tym miejscu zrodzić pytanie, czy dokonywana przez Sąd wykładnia przepisów prawa materialnego (w tym przede wszystkim prawa karnego) pozostaje w każdym przypadku adekwatna wobec potrzeb zgłaszanych przez uczestników obrotu prawnego – potrzeb o tyle istotnych, że nie znajdujących odpowiedzi w dostatecznie szybkiej reakcji samego ustawodawcy, a zauważanych i komentowanych przez doktrynę. Innymi słowy, należałoby się zastanowić, czy we wszystkich tych sytuacjach, w których przepisy prawa karnego materialnego nie realizują w należyty sposób swej funkcji gwarancyjnej³, judykatura jest w stanie *samodzielnie* i w należyty sposób wypełnić te braki, mając przy tym na względzie także pozostałe funkcje prawa karnego, w tym zwłaszcza jego funkcję ochronną.

¹ W świetle realizacji wspomnianych funkcji prawa karnego.

² O ile oczywiście wcześniej nie zainterweniuje sam ustawodawca.

³ A to z uwagi na sprzeczności jawiące się na tle ich stosowania w praktyce i pojawiającą się „sytuację wykładni”.

W mojej ocenie doświadczenia związane z wykładnią przepisu art. 305 p.w.p.⁴ pokazują w sposób wyraźny, że dokonywanie subsumpcji określonych stanów faktycznych pod normę prawa karnego na podstawie wykładni aprobowanej przez Sąd Najwyższy, a przy tym w *zupelnym oderwaniu od dorobku doktryny*, może doprowadzić do sytuacji⁵, w której funkcja ochronna prawa karnego zostaje zdeformowana kosztem niewłaściwie uzasadnianej potrzeby realizacji funkcji gwarancyjnej tego prawa. Przypadek ten wart jest omówienia z tego już choćby powodu, że jego konsekwencją było kilkuletnie wyłączenie z zakresu penalizacji art. 305 p.w.p. czynów o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, które pozostają bezkarne także w świetle dokonanej nowelizacji komentowanego przepisu⁶.

II

Tytułem wstępu przypomnieć jedynie należy, że znakiem towarowym w rozumieniu ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej może być każde oznaczenie, które daje się przedstawić w sposób graficzny, jeżeli dodatkowo nadaje się ono także do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa⁷. Innymi słowy, termin „znak towarowy” odnosi się do postrzeganych zmysłowo oznaczeń przeznaczonych do odróżniania towarów, pochodzących od różnych podmiotów⁸. Sam ustawodawca dał przy tym wyraz stanowisku, że nie byłoby możliwe i celowe skonstruowanie na potrzeby ustawy *numerus clausus* desygnatów terminu „znak

⁴ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo Własności Przemysłowej, Dz.U. 2003, Nr 119, poz. 1117 ze zm.

⁵ Przy jednoczesnym podkreśleniu, że są to, co zrozumiałe, sytuacje zdarzające się niezwykle rzadko.

⁶ Mowa tu o nowelizacji dokonanej na podstawie art. 1 pkt 66 ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy Prawo własności przemysłowej (Dz.U. 2007, Nr 136, poz. 958).

⁷ Art. 120 ust. 1 p.w.p.

⁸ R. Skubisz, *Prawo znaków towarowych. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 3.

towarowy”, wskazując w ustawie jedynie przykładowy ich katalog⁹. Dla dalszych rozważań wskazanym pozostaje tymczasem odesłanie do ustawowej definicji „podrobionego znaku towarowego”, pod którym to pojęciem ustawodawca rozumie użyte bezprawnie znaki identyczne (reprodukcje) lub takie, które nie mogą być odróżnione w zwykłych warunkach obrotu od znaków zarejestrowanych, dla towarów objętych prawem ochronnym (imitacje)¹⁰.

Jak wynika z zapisów omawianej tu ustawy, uzyskanie prawa ochronnego na znak towarowy daje możliwość *wyłączonego używania znaku towarowego w sposób zarobkowy lub zawodowy* na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej¹¹. Co oczywiste, aby znaki towarowe mogły we właściwy sposób realizować swoje zadania, konieczne było zapewnienie należytej ochrony wspomnianej wyłączności ich używania przez uprawnione podmioty. Ustawowe ramy tej ochrony miały niewątpliwie przysłużyć się zarówno samym właścicielom znaków towarowych, dbającym o swoją markę, jak i potencjalnym konsumentom, narażonym na zakup jakościowo gorszych „podróbek”, opatrzonych w sposób bezprawny cudzymi, zarejestrowanymi znakami towarowymi lub też znakami podrobionymi. W literaturze wskazuje się również na wymiar ogólny i indywidualny ustawowej ochrony przed naruszeniem praw ochronnych do znaków towarowych¹². O ile wymiar indywidualny przejawia się w prawie do korzystania ze swoich uprawnień ze znaku towarowego przez samych zainteresowanych oraz przez inne osoby, bez szkody dla twórcy, o tyle wymiar ogólny – również istotny – daje prawo do uczestniczenia w obrocie gospodarczym wolnym od nieuczciwych, nielegalnych praktyk.

⁹ Oznaczeniem tym może być m.in. wyraz, rysunek, ornament, kompozycja kolorystyczna, forma przestrzenna, w tym forma towaru lub opakowania, a także melodia lub inny sygnał dźwiękowy (art. 120 ust. 2 p.w.p.). Nie ma przy tym obecnie wątpliwości, że pod terminem tym rozumieć należy również usługi (art. 120 ust. 3 pkt 1 p.w.p.).

¹⁰ Art. 120 ust. 3 pkt 3 p.w.p.

¹¹ Art. 153 ust. 1 p.w.p.

¹² R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko przedsiębiorcom. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 207.

Wspomniana powyżej ochrona znaków towarowych została w omawianej ustawie pomyślana w sposób nader szeroki, z wykorzystaniem zarówno roszczeń typowych dla ochrony dóbr intelektualnych, jak i przy użyciu środków reakcji prawnokarnej. I tak, pośród roszczeń o charakterze cywilnoprawnym¹³ wymienić należy przede wszystkim żądanie zaniechania naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy oraz wydania bezpodstawnie uzyskanych z tego tytułu korzyści. Dodatkowo, w przypadku zawinionego naruszenia omawianego tu prawa, ustawodawca przewidział również możliwość żądania naprawienia wyrządzonej szkody – albo na zasadach ogólnych, albo poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej opłacie licencyjnej, albo poprzez zapłatę innego stosownego wynagrodzenia, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie ze znaku towarowego.

Nie wdając się w tym miejscu w szczegóły i nie tracąc z pola widzenia zasadniczego problemu rozważań, stwierdzić jedynie wypada, że wspomniane regulacje o charakterze cywilnoprawnym spełniają podstawową rolę w zapewnieniu znakom towarowym należytej ochrony¹⁴. Niestety, wraz ze wzrostem znaczenia znaków towarowych w obrocie gospodarczym, ograniczenia towarzyszące wspomnianym regulacjom nie pozostają bez wpływu na ich skuteczność. Mowa tu przede wszystkim o obowiązku każdorazowego wykazywania szkody, jej wysokości oraz związku przyczynowego między szkodą a zdarzeniem, naruszającym prawo ochronne na znak towarowy, od których uzależnia się przecież możliwość skutecznego dochodzenia odszkodowania na drodze postępowania cywilnego. Wobec powyższych okoliczności, naturalną kolejną rzeczą pozostaje równoległy wzrost znaczenia środków reakcji prawnokarnej, na który zwraca uwagę również doktryna¹⁵. Wzrost ten

¹³ Art. 296 i n. p.w.p.

¹⁴ P. Kostański w sposób wyraźny mówi o subsydiarnej roli przepisów karnych, wskazując jednocześnie, że zakres ochrony znaku towarowego przez te przepisy zawsze pozostaje zależny od zakresu ochrony przewidzianego w art. 296 i n. p.w.p., zob. P. Kostański, *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2010 (dostępny w programie *Legalis System Informacji Prawnej*).

¹⁵ Z. Okoń, *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, komentarz do art. 305 p.w.p., dostępny w programie *Legalis System Informacji Prawnej*. Autor podkreśla

jest zaś tym bardziej uzasadniony, że choć sięganie po środki penalne pozostawać powinno „ostatecznością”, to jednak prawnokarna ochrona znaków towarowych jest niezależna od uprzedniego dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych. Innymi słowy, podmiot uprawniony z tytułu zarejestrowanego znaku towarowego nie jest zobligowany do tego, by przed złożeniem zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa wykorzystać środki ochrony, które przysługują mu na drodze cywilnej (art. 296–302 p.w.p.). Jeśli zaś weźmie się dodatkowo pod uwagę, że ustawa z dnia 20 czerwca 2000 r. jest podstawowym aktem normatywnym w ramach prawa ochrony własności przemysłowej, stanowiącego niezwykle dynamicznie rozwijającą się gałąź prawa, nie powinno zaskakiwać, że niejednokrotnie właśnie w przepisach karnych uprawnieni upatrują środków dla skuteczniejszej i szybszej ochrony przysługującego im prawa do wyłącznego używania znaków towarowych.

III

Powyższe rozważania, podkreślające rolę i znaczenie prawnokarnej ochrony znaków towarowych we współczesnym obrocie prawnym, stanowiły niezbędne wprowadzenie do próby ukazania właściwego problemu, będącego przedmiotem niniejszego opracowania. Punktem wyjścia pozostaje w tej mierze przypomnienie treści przepisu art. 305 ust. 1 p.w.p. w jego pierwotnym brzmieniu, tj. w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 29 czerwca 2007 r. Przepis ten przewidywał mianowicie sankcję karną w postaci grzywny, kary ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch względem sprawcy, który w celu wprowadzenia do obrotu oznaczał towary podrobionym znakiem towarowym lub oznaczone takim znakiem towary *wprowadzał* do obrotu. Już w tym miejscu należy podkreślić, że nie jest celem prezentowanych

jednocześnie, że instytucje prawa karnego powinny zawsze stanowić *ultima ratio* wykorzystywanych instrumentów ochrony, co za tym idzie – sięganie po środki penalne powinno mieć miejsce jedynie w razie nieskuteczności regulacji niewiążących się z aż tak drastyczną ingerencją w prawa i wolności jednostki.

rozważań ukazanie wszystkich zmian, jakim na przestrzeni kilku lat podlegał komentowany przepis, zwłaszcza w zakresie znamion określających czynność sprawczą. W tej mierze interesować mnie będzie wyłącznie znamię „wprowadzania do obrotu” towarów z podrobionym znakiem towarowym. Na tym bowiem tle doszło w praktyce stosowania prawa do jawnego przykładu rozdzwiewku między stanowiskiem Sądu Najwyższego a stanowiskiem szerokiego grona przedstawicieli doktryny, prowadzącego ostatecznie do nowelizacji komentowanego przepisu, o której będzie jeszcze mowa.

I tak, w odpowiedzi na zagadnienie prawne postawione przez sąd orzekający Sąd Najwyższy podjął w dniu 24 maja 2005 r. uchwałę¹⁶, w której uznał, że „wprowadzeniem do obrotu”, o którym była mowa w art. 305 ust. 1 p.w.p., było przekazanie przez producenta lub importera *po raz pierwszy* do obrotu towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym. Dla uzasadnienia swojego stanowiska, Sąd Najwyższy wskazał¹⁷, że „wprowadzenie do obrotu towarów” następuje w momencie utraty kontroli nad określonymi przedmiotami przez osobę uprawnioną, tj. w momencie, gdy uprawniony wyzbywa się lub fizycznie pozbawia się tych przedmiotów, umożliwiając ich dalszą swobodną cyrkulację. W konsekwencji Sąd Najwyższy skonstatował, że przy takim rozumieniu pojęcie „wprowadzenie do obrotu” oznacza *pierwszą* (i tylko pierwszą) transakcję wyrobem, z rozstrzygającą w tej mierze chwilą wydania rzeczy.

Sąd Najwyższy poparł swoją argumentację dodatkowym wskazaniem, że za taką właśnie wykładnią art. 305 p.w.p. przemawia również¹⁸ uregulowanie przyjęte w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności¹⁹, gdzie w art. 5 pkt 2 „wprowadzenie do obrotu” określone zostało jako przekazanie wyrobu po raz pierwszy w kraju: użytkownikowi, konsumentowi bądź sprzedawcy przez producenta, jego upoważnionego przedstawiciela lub importera. W ocenie Sądu Najwyższego nieuzasadnionym było twierdzenie, że na gruncie ustawy Prawo własności przemysłowej pojęcie „wprowadzenia do obrotu”

¹⁶ I KZP 13/05, OSP 2006, Nr 3, poz. 38, s. 175.

¹⁷ Z powołaniem się w tej mierze na piśmiennictwo cywilistyczne.

¹⁸ Przy założeniu spójności obowiązującego systemu prawnego.

¹⁹ Dz.U. 2002, Nr 166, poz. 1360.

należy roznieść szerzej, rozciągając je także na dalsze transakcje towarem oznakowanym podrobionym znakiem towarowym.

W dalszej kolejności Sąd Najwyższy zauważył, że gdyby wola ustawodawcy była inna, wyraziłby on to wprost w komentowanej ustawie. Jako wzór posłużyła w tym zakresie Sądowi Najwyższemu ustawa z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii²⁰, która pod pojęciem „wprowadzanie do obrotu” także i dziś każe rozumieć wszelkie udostępnianie osobom trzecim odpłatnie lub nieodpłatnie środków odurzających, substancji psychotropowych lub ich prekursorów²¹.

Ostatnim argumentem, przytoczonym dla poparcia wyrażonego stanowiska, było odwołanie się przez Sąd Najwyższy do instytucji wyczerpania prawa ochronnego na znak towarowy (art. 155 ust. 1 p.w.p.) W myśl tego przepisu prawo ochronne na znak towarowy nie daje uprawnionemu prawa zakazywania oferowania lub dalszego obrotu towarami oznaczonymi tym znakiem, jeśli towary te zostały uprzednio, zgodnie z prawem, wprowadzone do obrotu na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Sąd Najwyższy na podstawie wspomnianego przepisu uznał zatem, że już pierwsze legalne przeniesienie władztwa nad przedmiotem oznaczonym podrobionym znakiem towarowym powoduje wyczerpanie się, a przez to wygaśnięcie prawa do znaku.

Opisane powyżej zapatrywanie na sposób rozumienia ustawowego terminu „wprowadzania do obrotu” Sąd Najwyższy powtórzył jeszcze kilkakrotnie w późniejszych orzeczeniach²², nie zmieniając raz przyjętego sposobu argumentacji. Zaprezentowane stanowisko, mimo głos aprobujących²³, spotkało się jednak z *daleko idącą krytyką przedstawicieli doktryny*²⁴. Krytyka ta pozostawała przy tym w mojej ocenie

²⁰ Dz.U. 2005, Nr 179, poz. 1485.

²¹ Art. 6 pkt 30 ustawy.

²² Por. zwłaszcza: wyroki z dnia 12 października 2006 r. (III KK 167/06 oraz III KK 232/06); Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych, 2006, nr 1, poz. 1936 i 1957; wyrok z dnia 10 stycznia 2007 r., IV KK 426/06; Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych, 2007, nr 1, poz. 113.

²³ Por. zwłaszcza O. Górniok, Orzecznictwo Sądów Powszechnych, 2006, Nr 4, s. 177 i n.; Z. Cwiągalski, Państwo i Prawo, 2006, z. 1, s. 121 i n.

²⁴ Co interesujące z punktu widzenia wskazywanego już w pierwszych akapitach niniejszego opracowania braku dostatecznej komunikacji między Sędzią Najwyższym a przedstawicielami doktryny, warto wskazać, że w uzasadnieniu jednego z później-

absolutnie uzasadniona. Aby jednak łatwiej było czytelnikowi zająć w tej kwestii samodzielne stanowisko, warto przytoczyć kilka spośród najtrafniejszych argumentów glosatorów. *Dalszy wywód należałoby jedynie poprzedzić uwagą, że podstawowym problemem, z jakim mieliśmy do czynienia w przypadku powołanej uchwały, była nie tyle nawet sama²⁵ wadliwość merytorycznego uzasadnienia, ile przede wszystkim błędne przyjęcie, że art. 305 p.w.p. rodził „sytuację wykładni”, a w konsekwencji – przy nie do końca uzasadnionej, a daleko idącej chęci uczynienia zadość funkcji gwarancyjnej prawa karnego – skupienie się przez Sąd Najwyższy na literalnym brzmieniu komentowanego przepisu, bez uwzględnienia również w tej mierze istotnej wykładni funkcjonalnej i systemowej, których przeprowadzenie pozwoliłoby na uczynienie zadość zarówno domniemywanej woli ustawodawcy, jak i potrzebom zgłaszanym przez uczestników obrotu prawnego²⁶. Co więcej, utrzymanie obranej linii orzeczniczej aż do momentu znowelizowania komentowanego przepisu w drodze ustawy, doskonale zilustrowało również stosunek Sądu Najwyższego do autorytetów doktryny, których zaniepokojone głosy sprzeciwu znalazły zrozumienie dopiero u samego ustawodawcy.*

IV

Na tle zasygnalizowanego problemu, za zdecydowanie najtrafniejsze oceniam uwagi, które wobec komentowanej uchwały Sądu Najwyższego poczyniła E. Traple²⁷. Autorka w sposób stanowczy przypomniła,

szych orzeczeń (II KK 167/06), Sąd Najwyższy powołuje się wprost na przychylną jego stanowisku głosem aprobującą do uchwały z 2005 r. Można się zastanowić, czy nie byłoby dla obrotu prawnego korzystniejszym podejmowanie w takich sytuacjach polemiki z przeciwnikami wykładni zaproponowanej przez Sąd Najwyższy.

²⁵ W moim przekonaniu niewątpliwa.

²⁶ A w konsekwencji zapewniłoby również należyłą realizację funkcji ochronnej pozakodeksowego prawa karnego, o jakim tu mowa.

²⁷ E. Traple, *Dalszy obrót podrobionymi znakami towarowymi bez sankcji karnej?*, Glosa. Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach 2005, nr 4, s. 76 i n.

że na treść prawa do znaku towarowego składa się nie tylko wyłączność nakładania znaku na towar, ale także wyłączność kontroli każdej kolejnej sprzedaży tak oznaczonego towaru²⁸. Odstępstwo w tej mierze, poczynione przez ustawodawcę w przepisie art. 155 ust. 1 p.w.p.²⁹, do którego odwołał się zresztą Sąd Najwyższy, dotyczyło³⁰ zaś sytuacji w której wygaśnięcie prawa ochronnego stanowiło konsekwencję uprzedniego wprowadzenia towaru oznaczonego znakiem towarowym do obrotu, *przez uprawnionego lub za jego zgodą*. Co przy tym oczywiście, trudno wyobrazić sobie sytuację, w której uprawniony ze znaku wyrażał w omawianym czasie zgodę na wprowadzenie do obrotu towaru z podrobionym znakiem, względem którego przysługiwało mu uzyskanie prawa ochronnego. Jakiegokolwiek analogie do instytucji tzw. wyczerpania prawa ochronnego na znak towarowy pozostawały tu zatem, w mojej ocenie, przynajmniej nieuprawnione. Jednocześnie za nadinterpretację uznać należało dające się wytyczać z uzasadnienia uchwały stwierdzenie, że wprowadzenie do obrotu towarów oznaczonych *podrobionymi* znakami towarowymi przez ich producenta lub importera sprawiło, że towary te stawały się legalne i mogły w tym obrocie pozostać. Stanowisko Sądu Najwyższego pozostawało bowiem równoznaczne z niedopuszczalnym stwierdzeniem, że towar *a priori* bezprawny poprzez jego odsprzedanie lub jakiegokolwiek inne dalsze rozporządzenie może zostać w świetle polskiego porządku prawnego zalegalizowany³¹.

Sąd Najwyższy uznał, że istnienie w jednym akcie prawnym dwóch pojęć ustawowych, tj. „wprowadzania do obrotu” (art. 305 p.w.p.) i „dalszego wprowadzania do obrotu” (art. 155 ust. 1 p.w.p.), stanowi dostateczną podstawę do przyjęcia, że rozumieć należy je w sposób odmienny. Nie zwrócono jednakże uwagi na fakt, że w art. 155 ust. 1

²⁸ *Ibidem*, s. 80.

²⁹ Którego treść była w czasie podejmowanej uchwały tożsama z dzisiejszym brzmieniem wskazanego przepisu.

³⁰ I nadal dotyczy.

³¹ Tak również: B. Depo i B. Krakowiak, *Czy podróbka raz wprowadzona na rynek staje się legalna?*, Rzeczpospolita z 5 VIII 2005 r.; M. Mozgawa, R. Skubisz, *Glosa*, Prokuratura i Prawo, 2006, nr 6, s. 150.

p.w.p. mowa o „oferowaniu do sprzedaży lub dalszym wprowadzaniu do obrotu”. Ma to tymczasem o tyle niebagatelne znaczenie, że wyjmując czynność sprzedaży³² „przed nawias”, ustawodawca mógł poprzez zwrot „dalsze wprowadzanie do obrotu” wskazać jedynie, że ma on w tej mierze na myśli również inne, poza sprzedażą, czynności prawne. Pozwoliłoby to zresztą na uniknięcie przyjmowanego z niepokojem³³ zarzutu, że ustawodawca w jednym akcie normatywnym posługiwał się pojęciem „wprowadzania do obrotu” w dwóch różnych znaczeniach³⁴.

Zatrzymując się jeszcze na chwilę przy obranej przez Sąd Najwyższy metodzie wykładni językowej, podkreślić również należy, że pominięto w uzasadnieniu uchwały fakt użycia w art. 305 p.w.p. czasownika „wprowadzić” w trybie niedokonanym („kto wprowadza”, a nie „kto wprowadzi”), co także daje w mojej ocenie podstawę do przyjęcia, że ustawodawca miał tu na myśli czynności powtarzalne, a nie tylko pierwszą czynność obrotu. Również E. Traple przyjęła, że wykładnia literalna art. 305 p.w.p. nie wykluczała odpowiedzialności tego, kto dokonywał *każdego* aktu wprowadzenia do obrotu towaru podrobionego, o ile tylko nie budowało się definicji, tak jak to zrobił Sąd Najwyższy³⁵.

Jak słusznie zauważyli przy tym inni glosatorzy³⁶, ustawodawca, dokonując w art. 305 p.w.p. penalizacji zarówno oznaczania, jak i wprowadzania do obrotu musiał mieć na uwadze, że nie zawsze czyn-

³² Należącą przecież niezaprzeczalnie do czynności obrotu.

³³ O. Górniok, *op. cit.*, s. 177.

³⁴ Na marginesie wspomnieć również należy, że nowelizacja art. 305 p.w.p. niczego w tym zakresie nie zmieniła. Nadal bowiem istnieją na gruncie jednej ustawy dwa różne określenia, tj. „sprzedaż oraz dalsze wprowadzanie do obrotu” w art. 155 p.w.p. oraz „dokonywanie obrotu” w znowelizowanym art. 305 p.w.p.

³⁵ O. Górniok, *op. cit.*, s. 81. Również M. Król-Bogomilska wprost wskazywała, że w art. 305 p.w.p. w brzmieniu operującym pojęciem „wprowadzenia do obrotu” znajdowała się podstawa dla stosowania odpowiedzialności karnej za dokonywanie obrotu towarami oznaczonymi podrobionymi znakami towarowymi na różnych etapach tego obrotu, zob. *Glosa do uchwały SN z dn. 24 maja 2005 r.*, *Glosa* 2007, nr 3, s. 90.

³⁶ J. Misztal-Konecka, J. Konecki, *Glosa*, *Orzecznictwo Sądów Powszechnych* 2006, nr 4, s. 178 i n.

ności te popełniane były przez tego samego sprawcę, a zatem że było możliwe popełnienie przestępstwa w formie sprawczej wprowadzenia do obrotu bez uprzedniego „własnoręcznego” oznaczenia. Konsekwencją takiego stanu rzeczy musiało być zatem przyjęcie, że przestępstwo z art. 305 p.w.p. może być popełnione zarówno przez producenta (czy importera), jak i przez osobę, która nim nie jest. Dalej autorzy zauważyli również, że istotą wprowadzania do obrotu jest zachowanie *aktywne*, a zatem działanie polegające na odpłatnym bądź nieodpłatnym zbywaniu towarów lub usług oznaczonych podrobionym znakiem towarowym, ewentualnie udostępnianiu ich osobom trzecim na podstawie innych umów o używanie rzeczy³⁷. Skoro tak, należy w konsekwencji przyjąć, że *na tle poprzednio obowiązującego brzmienia art. 305 p.w.p. nie było podstaw do uznania, że ustawodawca z jednej strony dopuszczał wielokrotne wprowadzenie do obrotu, a z drugiej strony prawnokarną ochroną obejmował jedynie akt pierwszego wprowadzenia do obrotu*. Niestety, na przyjęcie takiej właśnie konsekwencji zgodził się Sąd Najwyższy, wydając komentowaną uchwałę.

Równie trafną była argumentacja glosatorów, w której zwracano uwagę na chybiony charakter analogii do pojęcia „wprowadzania do obrotu” występującego w innych niż Prawo własności przemysłowej ustawach szczególnych, w tym przede wszystkim w ustawie z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii³⁸, w ustawie z dnia 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin³⁹ czy w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności⁴⁰. Jak wskazywano bowiem, wszystkie przywoływane ustawy szczególne definiują pojęcie wprowadzania do obrotu jedynie na własny użytek. Każdorazowo jest to zatem definicja innego rodzaju, a co za tym idzie, trudno o jakies wiążące wnioski dla rozumienia terminów używanych w innych aktach prawnych⁴¹. Sąd Najwyższy i wobec tego rodzaju argumentu pozostał jednak obojętny.

³⁷ *Ibidem*, s. 179.

³⁸ Dz.U. 2005, Nr 179, poz. 148 (art. 6 pkt 30).

³⁹ Dz.U. 2008, Nr 133, poz. 849 (art. 2 ust. 22).

⁴⁰ Dz.U. 2010, Nr 138, poz. 935 (art. 5 pkt 2).

⁴¹ Tak m.in. J. Misztal-Konecka, J. Konecki, *op. cit.*, s. 179.

Już w tym miejscu warto wskazać, że skoro nie było zdaniem Sądu Najwyższego możliwe posługiwanie się pojęciem „wprowadzenie do obrotu” w sposób jednolity na gruncie komentowanej z ustawy, uzasadnionym było sięgnięcie w takim przypadku do reguł wykładni systemowej i funkcjonalnej, czego Sąd Najwyższy jednak zaniechał.

Jak wynika z powyższego, przyjęte przez Sąd Najwyższy w myśl zasady *nullum crimen sine lege* stanowisko, że ustawodawca penali- zował tylko pierwszą sprzedaż towarów podrobionych, niemające przy tym żadnej podstawy ani w ustawie Prawo własności przemysłowej, ani w żadnych innych aktach prawnych, które dawałyby definicje usta- wowego zwrotu „wprowadzania do obrotu” w sposób wiążący dla art. 305 p.w.p., doprowadzić musiało (i doprowadziło) do fatalnych skut- ków zwalczania w obrocie prawnym przestępstwa zwanego potocz- nie „piractwem”. *Towarzysząca Sądowi Najwyższemu chęć uczynienia zadość funkcji gwarancyjnej prawa karnego umniejszyła przy tym rolę funkcji ochronnej komentowanego przepisu w sposób niedający się zaakceptować*. O zasadności tego twierdzenia niech świadczy przykład powołany przez M. Mozgawę i R. Skubisza, którzy wprost zauważyli, że *w czasie obowiązywania uchwały, a przed dokonaniem nowelizacji art. 305 p.w.p., nagminne były przypadki okazywania policji na baza- rach, przez sprzedawców towarów z podrobionymi znakami towarowy- mi, zafoliowanej glosowanej uchwały Sądu Najwyższego*⁴². Jak przy tym trafnie stwierdzili B. Depo i B. Krakowiak, uchwała Sądu Naj- wyższego pozostawała wadliwa nie tylko ze względu na sprzeczność z obowiązującym prawem, zwłaszcza wiążącym Polskę prawem wspól- notowym i międzynarodowym, ale również z zasadami słuszności, praworządności i racjonalności. Za równie trafne uznać zresztą należy stanowisko autorów, że zasada określoności i przejrzystości zakazu karnego (*nullum crimen sine lege certa*) nie może służyć za uzasadnie- nie w sytuacji, gdy przepis jest sformułowany w sposób jasny, a przy tym istnieje możliwość dokonania jego interpretacji w zestawieniu z innymi przepisami krajowymi, wspólnotowymi i międzynarodowy-

⁴² M. Mozgawa, R. Skubisz, *op. cit.*, s. 144.

mi jak w przypadku art. 305 p.w.p. przed jego nowelizacją, a czego nie przeprowadzono⁴³.

Paradoksalnie, mimo wyłączenia spoza desygnatów czynności sprawczej opisanej w art. 305 p.w.p. dalszego obrotu towarami oznaczonymi podrobionymi znakami towarowymi, nie wskazano w judykaturze żadnej alternatywy, godząc się niejako na to, by czyny o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, w myśl funkcji gwarancyjnej prawa karnego, pozostawały poza obszarem jakiegokolwiek penalizacji.

Należy tym miejscu jedynie informacyjnie wskazać na podejmowane próby kwalifikacji tego rodzaju czynów na podstawie art. 291 i 292 k.k. Co ciekawe, sam Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 stycznia 2007 r.⁴⁴, wyrażając aprobatę co do wąskiego rozumienia ustawowego pojęcia „wprowadzania do obrotu” z art. 305 p.w.p., odstąpił od uniewinnienia oskarżonego w sprawie, na tle której orzekał, wskazując, że z faktu niepopelnienia przestępstwa określonego w tym przepisie nie da się stwierdzić, że w ramach skargi oskarżyciela, a więc w granicach zdarzenia faktycznego objętego zarzutem oskarżenia, nie można dokonać subsumpcji czynu objętego skargą pod inną normę ustawy karnej, w tym pod występki nieumyślnego paserstwa. Nie przesądzając tej kwestii, wskazał jednakowoż na zachodzącą w przypadku obu przestępstw tożsamość przesłanek warunkujących zachowanie wspomnianych wyżej granic, w postaci: osoby sprawcy, kręgu pokrzywdzonych i przedmiotu zamachu (ochrony), tj. legalności obrotu gospodarczego.

Niestety, w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 30 czerwca 2008 r.⁴⁵ Sąd Najwyższy rozwiął wszelkie wątpliwości, wskazując,

⁴³ Również M. Mozgawa słusznie wskazywał, że penalizacja dystrybucji towarów z podrobionym znakiem towarowym nie wymagała nowelizacji art. 305 p.w.p., gdyż wynikała ona z gramatycznej i funkcjonalnej wykładni przepisu, bez potrzeby szczególnej „postawy wykrywczej”, zob. M. Mozgawa, R. Skubisz, *op. cit.*, s. 151.

⁴⁴ Podjętej jeszcze przed wskazywaną nowelizacją art. 305 p.w.p., IV K 426/06, Biuletyn SN w Sprawach Karnych, 2007, nr 7, s. 8.

⁴⁵ I KZP 8/08, Państwo i Prawo, 2008, nr 10, poz. 15, s. 11. Należy podkreślić, że była to uchwała podjęta już po nowelizacji art. 305 p.w.p. i dotyczyła właśnie zachowań niebędących „wprowadzaniem do obrotu” w rozumieniu art. 305 p.w.p. brzmieniu obowiązującym do dnia 31 sierpnia 2007 r.

że kwalifikacja omawianych tu zachowań na podstawie art. 291 k.k. czy 292 k.k. jest niedopuszczalna⁴⁶, a to z uwagi na niewypełnienie znamienia „rzeczy uzyskanej za pomocą przestępstwa”⁴⁷.

V

Zgodnie z aktualnym, znowelizowanym brzmieniem art. 305 p.w.p., odpowiedzialnością karną objęte jest *dokonywanie obrotu* towarami oznaczonymi znakami towarowymi, określonymi w tym przepisie⁴⁸. W wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r.⁴⁹ Sąd Najwyższy uznał, że dokonana nowelizacja art. 305 p.w.p. potwierdza stanowisko, że jedynie zwrot „dokonuje obrotu towarami” w sposób jednoznaczny wskazuje na penalizację każdego etapu obrotu towarem, *ergo* skoro ustawodawca dokonał wspomnianej nowelizacji, uznał on, że w poprzednim brzmieniu przepisu, zgodnie z zapatrywaniem Sądu Najwyższego, chodziło wyłącznie o czynność pierwszego wprowadzenia do obro-

⁴⁶ Stanowisko to powtórzył Sąd Najwyższy m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r., V KK 342/09, Lex. nr 570163. W postanowieniu z dnia 20 marca 2008 r. (I KZP 1/08, Lex, nr 54325), poprzedzającym powołaną uchwałę i przekazującym zagadnienie prawne powiększonemu składowi, Sąd Najwyższy przyjął zaś, że w wypadku wprowadzania do obrotu towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym lub oznaczania towarów takim znakiem w celu wprowadzenia ich do obrotu, występuje sytuacja stosunku przepisu szczególnego (art. 305 p.w.p) do przepisu ogólnego (art. 291 k.k.). Zdaniem Sądu Najwyższego potwierdziła to także nowelizacja art. 305 p.w.p. z 2007 r., gdyż ustawodawca uzupełnił treść dotychczasowego przepisu art. 305, odwołując się jedynie do niektórych form zachowań, odpowiadających przestępstwu paserstwa.

⁴⁷ I tym razem nie obyło się zresztą bez pewnych uwag krytycznych ze strony doktryny. Por. zwłaszcza Glosa S. Toszy, Państwo i Prawo, 2010, nr 1, s. 130 i n.

⁴⁸ Zgodnie z aktualnym brzmieniem ust. 1: „Kto, w celu wprowadzenia do obrotu, oznacza towary podrobionym znakiem towarowym, zarejestrowanym znakiem towarowym, którego nie ma prawa używać lub dokonuje obrotu towarami oznaczonymi takimi znakami, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

⁴⁹ V KK 342/09, Lex, nr 570163.

tu⁵⁰. Innymi słowy, nie można już zdaniem Sadu Najwyższego zasadnie twierdzić, że pojęcia „dokonywania obrotu” i „wprowadzania do obrotu” były kiedykolwiek tożsame. Z tego rodzaju argumentacją⁵¹ nie sposób się jednak zgodzić. Pomija ona bowiem niezwykle istotny fakt, że zmiana przepisu art. 305 p.w.p., była przede wszystkim reakcją na prezentowane, a lekceważone przez Sąd Najwyższy postulaty doktryny⁵². Postulaty te były zaś konsekwencją niedającej się zaakceptować wykładni zaproponowanej przez Sąd Najwyższy, która doprowadziła do powstania niebezpiecznej w skutkach depenalizacji czynów o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, a przy tym jawnie wymierzonych przeciwko dobru obrotu prawnego. Przyjmowanie teraz przez Sąd Najwyższy, że zmiana przepisów stanowi nic innego, jak tylko potwierdzenie dopuszczalności takiego stanu rzeczy, jest w moim przekonaniu dużym nieporozumieniem. *Bardziej uzasadnionym byłoby natomiast przyjęcie, że ustawa nowelizująca zrodziła się jako reakcja ustawodawcy na sytuację, w której ustanowione przez niego prawo odczytano niezgodnie z jego intencjami, czyniąc prawnokarną ochronę znaków towarowych iluzoryczną i zmarginalizowaną.*

VI

Ukazany powyżej problem, dziś już niestety o naturze historycznej, stanowił doskonale tło dla ukazania znaczenia i roli dialogu między doktryną i judykaturą, zawsze wtedy, gdy ustawodawca tworzy prawo w sposób uznany za nieprecyzyjny i daleki od doskonałości, w szczególności, gdy nie różnicuje i nie dookreśla on konstruowanych przez

⁵⁰ Tak też P. Kostański, *op. cit.*, z powołaniem zasady pewności prawa karnego. Przeciwnie: M. Kulik, *Glosa do uchwały SN z dn. 30 czerwca 2008 r.*, I KZP 8/08, Ius Novum, 2009, nr 1, s. 152.

⁵¹ Obecna także w uzasadnieniu komentowanego orzeczenia.

⁵² Jak to się da wyczytać w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z dnia 29 czerwca 2007 r.

siebie pojęć ustawowych, utrudniając tym samym jasne i czytelne określenie granic stosowania represji karnej.

Zgadzam się ze stanowiskiem A. Tomaszka⁵³, że odpowiedzialności za konsekwencje wadliwej redakcji przepisów prawa nie należy przesuwać na orzecznictwo, które interpretuje jedynie prawo już ustanowione. Trudno jest jednak zaakceptować pogląd, że nieudanej redakcji przepisów prawa zapobiec może jedynie sam ustawodawca. W sytuacjach analogicznych do przedstawionej w niniejszym opracowaniu, przy uwzględnieniu czasu potrzebnego do przeprowadzenia procesu legislacyjnego i – jak się okazuje – daleko idących i niebezpiecznych konsekwencji, jakie mogą wynikać z bierności ustawodawcy, to właśnie na Sądzie Najwyższym skupia się przecież odpowiedzialność za dokonanie takiej interpretacji prawa, która pogodzi nieudolność ustawodawcy z potrzebami praktyki. Z samej natury prawa karnego, która wymusza szeroko zakrojoną konieczność należytego realizowania jego funkcji gwarancyjnej, nie wynika tymczasem całkowity zakaz takiej interpretacji prawa, która pozwoli na uwzględnienie celu i funkcji określonej regulacji prawnej, a przy tym pozwoli uniknąć sytuacji, w której czyny o znacznym stopniu społecznej szkodliwości stają się bezprawne. Biorąc pod uwagę niekwestionowaną i niejednokrotnie rozstrzygającą rolę orzecznictwa Sądu Najwyższego w subsumpcji czynu pod normę prawa materialnego, uzasadnionym wydaje się zatem postulat, by w procesie interpretacji prawa, głos doktryny (w szczególności krytyczny) był dla Sądu Najwyższego swoistym „pomostem” między jego własnymi przekonaniem a potrzebami zgłaszanymi przez uczestników obrotu⁵⁴. Jeśli bowiem, jak twierdzi O. Górniok⁵⁵, sędzia nie powinien tworzyć prawa ani go korygować „nawet wówczas, gdy uważa, że jest ono niesłuszne lub nieracjonalne”, a sam ustawodawca nie jest w stanie w należyty sposób zredagować przepisów ustawy, jedynie tego rodzaju dialog może w moim przekonaniu zapewnić należytą realizację funkcji ochronnej prawa, w tym zwłaszcza prawa karnego.

⁵³ A. Tomaszek, *Glosa do uchwały SN z dnia z 21 września 2005 r., I KZP 29/2005*, Monitor Prawniczy, 2006, nr 1, s. 45.

⁵⁴ Przynajmniej do czasu interwencji samego ustawodawcy.

⁵⁵ O. Górniok, *op. cit.*, s. 178.

Powyższy wywód, wobec wiążącego w praktyce charakteru wykładni przepisów prawa materialnego dokonywanej przez Sąd Najwyższy musi się niestety zakończyć złą wiadomością dla uczestników obrotu, poszukujących ochrony znaków towarowych na gruncie przepisów karnych ustawy Prawo własności przemysłowej. Zgodnie z art. 4 k.k. „jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawy”. Co przy tym oczywiste, uchwała Sądu Najwyższego z 2005 r., mimo zaprezentowanego stanowiska o braku podstaw do takiego stanu rzeczy, zapewniła ów względniejszy charakter wszystkim tym czynom, które zostały popełnione od momentu uchwalenia ustawy aż do wejścia w życie ustawy nowelizującej art. 305 p.w.p. Nawet jeśli określone czyny, popełnione przed 31 sierpnia 2007 r. nie uległy jeszcze przedawnieniu⁵⁶, poszukiwanie ochrony znaków towarowych na podstawie art. 305 p.w.p. będzie zatem niemożliwe. W takim stanie rzeczy zaprezentowane już w pierwszych akapitach zaniepokojenie faktem używania funkcji gwarancyjnej prawa karnego w sposób deformujący pozostałe, równie istotne funkcje omawianej tu gałęzi prawa jest w moim przekonaniu w pełni uprawnione. Wnioski, jakie można z tego wyciągnąć, pozostaną niestety wyłącznie wnioskami „na przyszłość”.

⁵⁶ Zgodnie z art. 101 k.k. mowa tu o pięcioletnim okresie przedawnienia karalności w przypadku przestępstwa z art. 305 ust. 1 p.w.p. (art. 101 § 1 pkt 4 k.k.) oraz o okresie dziesięcioletnim w przypadku typu kwalifikowanego z art. 305 ust. 3 p.w.p. (art. 101 § 1 pkt 3 k.k.).

Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika

Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika, o której będzie mowa poniżej, została uregulowana przede wszystkim w dziale XIII Kodeksu pracy¹. Jest to specyficzny rodzaj odpowiedzialności o charakterze karno-administracyjnym, z uwagi na szczególną rolę, jaką odgrywa tutaj Państwowa Inspekcja Pracy. Dlatego też dla pełniejszego zrozumienia tej materii należy mieć świadomość, że oprócz Kodeksu pracy zagadnienie to regulują także: ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy², ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń³ oraz stosuje się ponadto przepisy ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia⁴. W niniejszym opracowaniu środek ciężkości zostanie położony na rodzaje wykroczeń określone w art. 281 i 282 Kodeksu pracy, zgodnie z którymi katalog wykroczeń przeciwko prawom pracodawcy obejmuje następujące czyny:

- zawieranie umowy cywilnoprawną w warunkach, w których zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy powinna być zawarta umowa o pracę;
- niepotwierdzenie na piśmie zawartej z pracownikiem umowy o pracę;
- wypowiedzenie lub rozwiązanie z pracownikiem stosunku pracy bez wypowiedzenia, naruszające w sposób rażący przepisy prawa pracy;

¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. 1998, Nr 21, poz. 94 ze zm.).

² Ustawa z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (Dz.U. 2007, Nr 89, poz. 589 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. 2010, Nr 46, poz. 275 ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. 2008, Nr 133, poz. 848 ze zm.).

- stosowanie wobec pracowników innych kar niż przewidziane w przepisach prawa pracy o odpowiedzialności porządkowej pracowników;
- naruszanie przepisów o czasie pracy lub przepisów o uprawnieniach pracowników związanych z rodzicielstwem i zatrudnianiu młodocianych;
- nieprowadzenie dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników;
- pozostawienie dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników w warunkach grożących uszkodzeniem lub zniszczeniem⁵;
- niewypłacenie w ustalonym terminie wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi albo uprawnionemu do tego świadczenia członkowi rodziny pracownika, bezpodstawne obniżenie wysokości tego wynagrodzenia lub świadczenia albo dokonanie bezpodstawnych potrąceń;
- nieudzielenie przysługującego pracownikowi urlopu wypoczynkowego lub bezpodstawne obniżenie wymiaru tego urlopu;
- niewydanie pracownikowi świadectwa pracy;
- niewykonanie orzeczenia sądu pracy lub ugody zawartej przed komisją pojednawczą lub sadem pracy⁶.

Należy zwrócić uwagę, że wykroczenia przeciwko prawom pracownika oraz kary grożące za ich popełnienie zostały określone również w ustawach szczególnych, jak na przykład w ustawie o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych czy też w ustawie o społecznej inspekcji pracy. Celem tych regulacji jest zapewnienie pełniejszej ochrony pracownika poprzez zastosowanie sankcji karnych⁷, oczywiście obok innych rodzajów odpowiedzialności.

Wyżej zasygnalizowane, szczególne uprawnienia Państwowej Inspekcji Pracy oscylują w tym przypadku wokół dwóch zagadnień związanych z postępowaniem w sprawach o wykroczenia przeciwko prawom pracownika. Pierwsze związane jest z wystąpieniem z wnioskiem o ukaranie do sądu, a drugie z możliwością ukarania sprawcy

⁵ Art. 281 k.p.

⁶ Art. 282 k.p.

⁷ T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2009, s. 464.

grzywną. Postępowanie w prawach o wykroczenia przeciwko prawom pracownika jest, jak już wspomniano, regulowane przez Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Jednym z zadań Państwowej Inspekcji Pracy jest ściganie wykroczeń przeciwko prawom pracownika m.in. określonych w Kodeksie pracy oraz udział w postępowaniu w tych sprawach w charakterze oskarżyciela publicznego⁸. Z wnioskiem o ukaranie, na zasadach ogólnych, oprócz inspektora pracy może oczywiście również wystąpić prokurator, natomiast policja jest pozbawiona takiego uprawnienia. Wystąpienie z wnioskiem o ukaranie poprzedzone jest postępowaniem wyjaśniającym – może ono być prowadzone przez inspektora pracy, prokuratora, ale także przez policję (na zlecenie prokuratora). Drugim, wspomnianym uprawnieniem inspektora pracy, w sprawach mniejszej wagi, jest możliwość ukarania sprawcy wykroczenia grzywną, zamiast występowania do sądu z wnioskiem o ukaranie⁹. Wysokość grzywny w postępowaniu mandatowym, w sprawach, w których oskarżycielem publicznym jest właściwy organ Państwowej Inspekcji Pracy, nie może przekroczyć 2000 zł. Jeżeli ukarany co najmniej dwukrotnie za wykroczenie przeciwko prawom pracownika określone w Kodeksie pracy popełnia w ciągu dwóch lat od dnia ostatniego ukarania takie wykroczenie, właściwy organ Państwowej Inspekcji Pracy może w postępowaniu mandatowym nałożyć grzywnę w wysokości do 5000 zł¹⁰.

Dobrem prawnie chronionym w przypadku art. 281 i 282 Kodeksu pracy będą szeroko rozumiane prawa pracownika oraz prawidłowość funkcjonowania rynku pracy. Kodeks pracy reguluje kwestie związane z szeroko rozumianym zatrudnianiem pracowników; jest właśnie jednym z elementów rynku pracy.

Przed szczegółowym omówieniem odpowiedzialności za wykroczenia przeciwko prawom pracownika, należy przytoczyć kilka zasad dotyczących ogólnej odpowiedzialności za wykroczenia. Zasady te zgodnie z art. 48 Kodeksu wykroczeń stosuje się również do wykro-

⁸ Art. 10 ust. 1 pkt 15 ustawy o PIP.

⁹ T. Liszcz, *op. cit.*, s. 467.

¹⁰ Art. 96 § 1a i 1b ustawy Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

czeń przewidzianych przepisami Kodeksu pracy¹¹. I tak wykroczeniem jest czyn społecznie szkodliwy, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia pod groźbą kary aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 5000 złotych lub nagany¹². Należy jednak zwrócić uwagę, że mimo iż wysokość grzywny w przypadku art. 281 i 282 Kodeksu pracy wynosi od 1000 zł do 30 000 zł, to na podstawie wspomnianego art. 48 Kodeksu wykroczeń mamy wciąż do czynienia z wykroczeniem.

W przypadku wykroczeń stopień społecznej szkodliwości będzie niższy niż w przypadku przestępstw, przy czym oceny należy dokonywać na podstawie obiektywnych kryteriów. Rzeczona społeczna szkodliwość przy wykroczeniach przeciwko prawom pracownika będzie polegać na naruszeniu interesów samego pracownika, którego praca w myśl art. 24 konstytucji, znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej¹³. Wykroczeniem może być tylko czyn zawiniony¹⁴, który można zostać popełniony zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne¹⁵.

Szczegółowych rozważań na temat odpowiedzialności za wykroczenia przeciwko prawom pracownika, należy rozpocząć od odpowiedzi na pytanie, przez kogo mogą one zostać popełnione. Zgodnie z art. 281 sprawcą może być osoba będąca pracodawcą lub działająca w imieniu pracodawcy, natomiast zgodnie z art. 282 sprawcą będzie osoba, na której ciążyą określone w tymże artykule obowiązki. W obu przypadkach wykroczeń przeciwko prawom pracownika może dopuścić się pracodawca lub osoba działająca w jego imieniu. Do odpowiedzialności za popełnienie wykroczenia może zostać pociągnięta wyłącznie osoba fizyczna¹⁶. Mówiąc o osobie „działającej w imieniu pracodawcy”, należy mieć na myśli osoby zarządzające zakładem

¹¹ Przepisy części ogólnej Kodeksu wykroczeń stosuje się do wykroczeń przewidzianych w innych ustawach, jeżeli ustawy te nie zawierają przepisów odmiennych.

¹² Art. 1 § 1 k.w.

¹³ T. Liszcz, *op. cit.*, s. 467.

¹⁴ Art. 1 § 2 k.w.

¹⁵ Art. 5 k.w.

¹⁶ A.M. Świątkowski *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 1175, 1182.

pracy, mogą nimi być zarówno pracownicy, ale również osoby niepozostające w stosunku pracy, a zarządzające zakładem. Na pierwszym miejscu ustawodawca umieścił pracodawcę, ale osoby zarządzające zakładem pracy odpowiadają w takim samym stopniu¹⁷. Podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności karno-administracyjnej osoby działające w imieniu pracodawcy, ale niepozostające w stosunku pracy, stanowić będzie upoważnienie do dokonywania określonych czynności, jak na przykład do ustalania rozkładu czasu pracy, zawierania oraz rozwiązywania umów o pracę itp.¹⁸

Wykroczenia przeciwko prawom pracownika mogą zostać popełnione przez działanie lub przez zaniechanie – w tym drugim przypadku chodzi o niedokonanie określonej czynności lub niepodjęcie określonych działań, mimo ustawowego obowiązku. Wykroczenia te mogą zostać popełnione zarówno z winy umyślnej, jak i nieumyślnej, co do zasady mogą mieć charakter czynów jednorazowych (jak na przykład zawarcie z pracownikiem umowy cywilnoprawnej, zamiast zawarcia umowy o pracę). Z czynem ciągłym mamy do czynienia tylko w sytuacji niedopełnienia obowiązku prowadzenia dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników¹⁹.

Przechodząc do poszczególnych typów czynów zabronionych, to art. 281 pkt 1 Kodeksu pracy penalizuje zachowanie sprawcy polegające na zawieraniu umowy cywilnoprawnej w warunkach, w których zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy powinna być zawarta umowa o pracę. Art. 22 § 1, do którego odsyła ustawodawca w komentowanym przepisie, określa cechy stosunku pracy. Dla przypomnienia są to: osobiste świadczenie pracy, odpłatność pracy, podporządkowanie pracownika przełożonym w procesie pracy oraz ryzyko pracodawcy²⁰. Należy mieć na względzie, że Kodeks pracy przewiduje zasadę swobody wyboru

¹⁷ M. Barzycka-Banaszczyk *Prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 413.

¹⁸ A.M. Świątkowski *op. cit.*, s. 1176.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Zob. M. Skąpski, *Przedmiot i podmiot prawa pracy*, [w:] Z. Niedbała (red.), *Prawo pracy*, Warszawa 2009, s. 33–37; K. Jaśkowski *Kodeks pracy. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2009, s. 99–108; J. Wratny, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 63–71.

formy zatrudnienia, co oznacza, że praca może być świadczona na podstawie umowy o pracę – a więc następuje tutaj zatrudnienie z całą „nadbudową” prawa pracy lub na podstawie umów cywilnoprawnych (na przykład na podstawie umowy o dzieło, zlecenia czy agencyjnej) – wówczas zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego, jednakże pod warunkiem, że świadczenie pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej nie wykazuje cech stosunku pracy. W komentowanym przepisie chodzi o takie zachowanie sprawcy, który zawiera z pracownikiem umowę cywilnoprawną, w przypadku gdy stosunek prawny łączący strony spełnia warunki przewidziane do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Należy pamiętać, że przy dokonywaniu oceny danej umowy, pod kątem zakwalifikowania jej jako umowy o pracę albo umowy cywilnoprawnej, decydujące znaczenie mają treść i cel umowy, a nie jej nazwa. Dlatego też samo przekonanie inspektora pracy o istnieniu stosunku pracy nie powinno być podstawą do wymierzenia grzywny, powinien on skorzystać, ze szczególnego uprawnienia, wynikającego z art. 63¹ Kodeksu postępowania cywilnego, do wytoczenia powództwa o ustalenie istnienia stosunku pracy. Ma to istotne znaczenie z uwagi na fakt, że w przypadku wykroczeń nie ma zastosowania art. 11 Kodeksu postępowania cywilnego²¹, w myśl którego tylko ustalenia wydane w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego, co do popełnienia przestępstwa wiążą sąd w postępowaniu cywilnym. Podkreślić należy, że wniosek inspektora pracy o ukaranie karą grzywny nie jest uzależniony od wcześniejszego orzeczenia sądu stwierdzającego, że stosunek prawny łączący strony umowy ma charakter stosunku pracy²².

Art. 281 pkt 2 Kodeksu pracy dotyczy zachowania polegającego na niepotwierdzeniu na piśmie zawartej z pracownikiem umowy o pracę. Kwestia odpowiedzialności sprawcy za to wykroczenie bardzo ciekawie przedstawia się, biorąc pod uwagę treść art. 29 § 2 Kodeksu pracy, który to, w przypadku gdy umowa o pracę nie została zawarta w formie pisemnej, nakłada obowiązek potwierdzenia pracownikowi

²¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.).

²² M.T. Romer, *Prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 1230–1231.

na piśmie ustaleń co do stron umowy rodzaju umowy oraz jej warunków. Z brzmienia art. 281 ust. pkt 2 jednoznacznie wynika, że sprawca może ponieść odpowiedzialność karno-administracyjną tylko w przypadku niepotwierdzenia na piśmie umowy o pracę zawartej w formie ustnej, nie jest tutaj natomiast penalizowane zachowanie polegające na niepotwierdzeniu na piśmie rodzaju lub warunków danej umowy. Ponadto w myśl komentowanego przepisu nie będzie wykroczeniem działanie sprawy polegające na niepotwierdzeniu na piśmie faktu nawiązania stosunku pracy, na innej podstawie niż umowa o pracę, chodzić tutaj będzie głównie o stosunki pracy powstałe na podstawie wyboru, powołania, mianowania²³.

Następnym typem czynu zabronionego jest działanie sprawy polegające na nieprowadzeniu dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników (art. 281 pkt 6 Kodeksu pracy). Chodzi tutaj o niewykonanie przez sprawcę jednego z jego podstawowych obowiązków, nałożonych przez art. 94 pkt 9a Kodeksu pracy²⁴, precyzowanego przez rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika²⁵. W świetle powołanego rozporządzenia dokumenty zgromadzone w związku z ubieganiem się o zatrudnienie oraz dokumenty dotyczące nawiązania stosunku pracy oraz przebiegu zatrudnienia pracownika stanowią akta osobowe pracownika²⁶. Odpowiedzialność sprawcy może dotyczyć czynu ciągłego, polegającego na systematycznym niewywiązywaniu się z wyżej wymienionych obowiązków lub może polegać na jednorazowym zaniedbaniu. Do odpowiedzialności może zostać pociągnięty tylko sprawca, który w ogóle nie prowadzi dokumentacji lub akt osobowych, nie jest zaś karane prowadzenie

²³ A.M. Świątkowski *op. cit.*, s. 1178–1179.

²⁴ J. Wratny, *op. cit.*, s. 717.

²⁵ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej dnia 28 maja 1996 r. w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika (Dz.U. 1996, Nr 62, poz. 286 ze zm.).

²⁶ § 6 Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej dnia 28 maja 1996 r.

dokumentacji i akt osobowych w sposób niezgodny z przepisami wspomnianego rozporządzenia²⁷. Ustawą nowelizująca z 2 marca 2007 roku (Dz.U. Nr 64, poz. 426) do art. 281 Kodeksu pracy został dodany pkt 7, również odnoszący się do dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych. W myśl dodanego punktu karze grzywny podlega pracodawca lub osoba działająca w jego imieniu, która pozostawia dokumentację w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akta osobowe pracowników w warunkach grożących uszkodzeniem lub zniszczeniem.

Karalność wyżej wymienionych typów zachowania ma na celu przeciwdziałanie nadużyciom ze strony pracodawcy w szczególności polegających na nielegalnym zatrudnianiu pracowników lub na braku określenia podstawy prawnej zatrudniania. Działanie te często podejmowane są w celu obejścia przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych²⁸.

Jeśli chodzi o wykroczenie dotyczące działania sprawcy polegającego na wypowiedzaniu lub rozwiązywaniu z pracownikiem stosunku pracy bez wypowiedzenia, to należy zwrócić szczególną uwagę na wymóg rażącego naruszenia prawa (art. 281 pkt 3 Kodeksu pracy). Otóż pod pojęciem rażącego naruszenia prawa należy rozumieć działanie charakteryzujące się wysokim stopniem winy osoby, które je podejmuje, ponadto sprzeczność z prawem takiego działania jest dla każdego oczywista i zasługuje na społeczną dezaprobatę²⁹. Oznacza to, że karze nie będzie podlegało każde naruszenie przepisów, a tylko przypadki drastycznego naruszenia prawa. Ochronie prawnej w komentowanym przepisie będą podlegać stosunki pracy nawiązane nie tylko na podstawie umowy o pracę, ale także te, które powstały w wyniku wyboru, powołania, mianowania, spółdzielczej umowy o pracę itp. Działanie sprawcy polegające na rażącym naruszeniu przepisów prawa pracy będzie dotyczyło nie tylko naruszenia przepisów Kodeksu pracy, ale również innych ustaw regulujących materię wypowiedzania lub rozwiązywania z pracownikiem stosunku pracy bez wypowiedzenia.

²⁷ A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 1180–1181.

²⁸ J. Wratny, *op. cit.*, s. 717.

²⁹ *Ibidem*.

Zaznaczyć należy, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażącym naruszeniem przepisów prawa pracy, należy brać pod uwagę obiektywne kryteria, w przeciwnym razie, z uwagi na przykład na psychiczne nastawienie sprawcy, każdy przypadek mógłby być uważany za rażący. Zatem o rażącym naruszeniu przepisów prawa pracy można mówić w przypadku rozwiązania stosunku pracy bez podania przyczyny czy też w przypadku skrócenia terminu wypowiedzenia³⁰. Ponadto Sąd Najwyższy stwierdził, że wskazanie przez pracodawcę w oświadczeniu woli o rozwiązaniu bez wypowiedzenia umowy o pracę wcześniejszego terminu ustania stosunku pracy niż złożenie tego oświadczenia nie uzasadnia roszczeń pracownika z art. 56 § 1 Kodeksu pracy³¹. Tym samym Sąd Najwyższy uznał, że nie każde wadliwe wypowiedzenie umowy o pracę będzie stanowiło rażące naruszenie przepisów prawa pracy³².

Stosowanie wobec pracowników innej kary niż przewidziane w przepisach prawa pracy o odpowiedzialności porządkowej pracowników stanowi wykroczenie z art. 281 pkt 4 Kodeksu pracy. Sankcją wykroczeniową objęte jest tutaj działanie polegające na stosowaniu innych kar, niż przewidziane w przepisach prawa pracy, przy czym wykroczeniem będzie wymierzenie kary innego rodzaju, ale także stosowanie kar przewidzianych w przepisach prawa pracy, z tym że w zmodyfikowanej postaci³³. Przepis ten dotyczy tzw. kar regulaminowych, których katalog jest wymieniony w art. 108 Kodeksu pracy. Pod pojęciem kar regulaminowych nie można rozumieć innych środków dyscyplinujących pracownika lub eliminujących pracownika ze społeczności zakładowej. Na podstawie tego przepisu nie można karać pracodawców lub osób działających w jego imieniu, którzy stosowali kary regulaminowe, jednak nie przestrzegali trybu ich wymierzania³⁴.

Art. 282 pkt 5 penalizuje zachowanie polegające na naruszaniu przepisów o czasie pracy lub przepisów o uprawnieniach pracowników związanych z rodzicielstwem i zatrudnianiu młodocianych. W myśl tego przepisu sprawca podlega karze, jeżeli nie wywiązuje się z nałożo-

³⁰ A.M. Świątkowski *op. cit.*, s. 1179.

³¹ Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 5 września 1999 r., sygn. akt III ZP 5/99.

³² M.T. Romer, *op. cit.*, s. 1231.

³³ M. Barzycka-Banaszczyk, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 480.

³⁴ A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 1180.

nego na niego obowiązku przestrzegania m.in. przepisów związanych z czasem pracy w zakresie normy dobowej, czasem pracy w porze nocnej czy przeciętną normą tygodniową w okresie rozliczeniowym. Kodeks pracy ponadto wyróżnia dwie grupy pracowników, które objęte są szczególnymi ochronnymi przepisami, mianowicie młodocianych i pracowników mających uprawnienie rodzicielskie. W przypadku naruszenia ich uprawnień sprawca również ponosi odpowiedzialność przewidzianą w art. 281 Kodeksu pracy³⁵. Wykroczenie to nawiązuje aż do trzech działów Kodeksu pracy (VI, VIII i IX) oraz do przepisów pozakodeksowych, wykonawczych i regulaminów pracy, co świadczy o szerokim zakresie penalizacji. Działanie sprawcy będzie polegać na naruszeniu któregokolwiek z przepisów ochronnych, nie ma znaczenia tutaj, czy pracownik poniósł szkodę³⁶.

Przechodząc do art. 282 Kodeksu pracy, na wstępie należy nadmienić, że określa on *de facto* cztery rodzaje typów czynów zabronionych. W odróżnieniu od art. 281 Kodeksu pracy, który przewiduje odpowiedzialność za naruszenie ogólnie obowiązujących przepisów prawa pracy, art. 282 Kodeksu pracy dotyczy odpowiedzialności powstającej, w wypadku gdy na pracodawcy spoczywa obowiązek wynikający z konkretnych okoliczności³⁷. Wszystkie niżej wymienione wykroczenia polegają na zachowaniu się wbrew obowiązkowi, a więc mogą być popełnione tylko przez zaniechanie³⁸.

Pierwsze z wykroczeń polega na niewypłaceniu w ustalonym terminie wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia przysługującego pracownikowi albo uprawnionemu do tego świadczenia członkowi rodziny pracownika, na bezpodstawnym obniżaniu wysokości tego wynagrodzenia lub świadczenia albo na dokonywaniu bezpodstawnych potrąceń (art. 282 § 1 pkt 1). Przepisy prawa pracy w sposób bardzo szczegółowy regulują kwestie terminów wypłacania wynagrodzenia za pracę oraz innych świadczeń majątkowych przysługujących pracownikom w związku z wykonywaną przez nich pracą. Oprócz wynagrodzenia zasadniczego pracownikowi przysługują na przykład dodatki

³⁵ M.T. Romer, *op. cit.*, s. 1232.

³⁶ J. Wratny, *op. cit.*, s. 718.

³⁷ M.T. Romer, *op. cit.*, s. 1232.

³⁸ J. Wratny, *op. cit.*, s. 719–720.

do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej czy też w godzinach nadliczbowych. Jeśli chodzi o potrącenia dokonywane ze świadczeń majątkowych przysługujących pracownikom, mogą one być dokonywane w przypadkach ściśle określonych przez Kodeks pracy. Szerokie ujęcie świadczeń majątkowych przysługujących pracownikom oraz wskazanie, że ochroną obejmowane są również świadczenia majątkowe, do których uprawnieni są członkowie rodziny pracownika, świadczy, iż przedmiotem ochrony w komentowanym przepisie są jakiegokolwiek świadczenia majątkowe związane z zatrudnieniem i przysługujące pracownikowi lub jego rodzinie. Karze grzywny więc będzie podlegać niedopełnienie obowiązku wypłacenia któregokolwiek z tych świadczeń³⁹. Podkreślić należy, że wykroczeniem będzie zarówno niewypłacenia wynagrodzenia za wykonaną pracę, jak i naruszenie przepisów dotyczących wypłaty wynagrodzenia za czas niewykonywania pracy pod warunkiem, że przysługują one z mocy odpowiednich przepisów⁴⁰.

Co się tyczy urlopów, to wykroczeniem w myśl art. 282 § 1 pkt 2 będzie nieudzielenie przysługującego pracownikowi urlopu wypoczynkowego lub bezpodstawne obniżenie wymiaru tego urlopu. Należy zwrócić tutaj uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, przepis ten dotyczy wyłącznie urlopu wypoczynkowego, a więc wykroczeniem nie będzie nieudzielenie na przykład urlopu okolicznościowego czy bezpłatnego. Po drugie, wykroczeniem również nie będzie nieudzielenie pracownikowi urlopu w zaplanowanym terminie lub jego przesunięcie, przepis ten bowiem penalizuje zachowanie sprawcy polegające na nieudzieleniu urlopu w ogóle w terminach przewidzianych w Kodeksie pracy lub też udzielenie co prawda urlopu⁴¹, ale w wymiarze niższym niż ten, do którego pracownik nabył prawo.

W art. 282 § 1 pkt 3 przedmiotem karalności jest niewydanie świadectwa pracy. Zgodnie z przepisami prawa pracy, pracodawca zobowiązany je wydać bez wniosku pracownika w dniu, w którym następuje rozwiązanie lub wygaśnięcie stosunku pracy. Jeżeli wydanie

³⁹ A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 1182.

⁴⁰ M. Barzycka-Banaszczyk, *Kodeks...*, Warszawa 2004, s. 481.

⁴¹ *Ibidem*, s. 481.

świadczenia pracy nie jest wówczas możliwe, pracodawca, nie później niż w ciągu 7 dni od dnia ustania stosunku pracy, przesyła świadectwo pracy pracownikowi za pośrednictwem poczty albo doręcza go w inny sposób⁴². Termin, w którym pracodawca ma obowiązek wydać świadectwo pracy, jest istotny ze względu na ustalenie momentu, od którego można mówić o niewykonaniu tego obowiązku⁴³.

Czwarty typ wykroczenia, określony w art. 282 § 2 polega na niewykonaniu orzeczenia sądu pracy lub ugody zawartej przed komisją pojednawczą lub sadem pracy. W wyniku nowelizacji z 1996 r. karalnością objęto także niewykonanie ugody zawartej przed komisją pojednawczą, co niewątpliwie podniosło rangę tych ugód⁴⁴.

Wszystkie wyżej wymienione wykroczenia z art. 281 i 282 Kodeksu pracy stanowią katalog zamknięty, zagrożony karą grzywny w wysokości od 1000 zł do 30 000 zł. W wyniku nowelizacji z 2007 r. zostało doprecyzowane zagrożenie karne poprzez określenie wysokości grzywny, jakie może zostać nałożona na sprawców wyżej wymienionych wykroczeń. Tym samym został uwzględniony postulat wskazujący, że gwarancje praworządności wymagają, aby w tym samym akcie prawnym, w którym został zamieszczony katalog czynów zabronionych, została określona wysokość sankcji karno-administracyjnych⁴⁵.

Dokonując podsumowania powyższych rozważań, należy jeszcze raz podkreślić, że wskazane wykroczenia nie są jedynymi wykroczeniami przeciwko prawom pracowników. Odpowiedzialność przewidziana w Kodeksie pracy ma charakter karno-administracyjny. W dużym uproszczeniu chodzi tutaj o to, że grzywna na sprawcę z jednej strony może zostać nałożona przez sąd, a z drugiej strony przez inspektora pracy w postępowaniu mandatowym.

System ochrony praw pracownika przewidziany w dziale XIII Kodeksu pracy został uzupełniony o odpowiedzialność prawnokarną przewidzianą w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego. Ponadto osoby,

⁴² § 2. Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 15 maja 1996 r. w sprawie szczegółowej treści świadectwa pracy oraz sposobu i trybu jego wydawania i prostowania (Dz.U. Nr 60, poz. 282).

⁴³ J. Wratny, *op. cit.*, s. 721.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 1181.

które są pracownikami i ponoszą odpowiedzialność na podstawie art. 281 Kodeksu pracy, mogą z tytułu naruszenia praw pracowniczych ponosić wobec pracodawcy odpowiedzialność typu pracowniczego, szczególnie materialną⁴⁶. O słuszności regulacji odpowiedzialności za wykroczenia, ale też za przestępstwa przeciwko prawom pracowników mogą świadczyć dane statystyczne, zgodnie z którymi przeciętne zatrudnienie w sektorze przedsiębiorstw w styczniu 2010 r. wyniosło 5301,3 tys.⁴⁷ Dla porównania postępowań karnych z art. 218 k.k. (naruszenie praw pracownika) w 2010 r. wszczęto 1613⁴⁸.

⁴⁶ J. Wratny, *op. cit.*, s. 719.

⁴⁷ Dane za stroną internetową: www.gus.pl (odczyt: 25.05.2011 r.).

⁴⁸ Dane za stroną internetową: www.statystyka.policja.pl (odczyt: 25.05.2011 r.).

Izabela Dembowska

Ocena wiarygodności zeznań osób z zaburzeniami osobowości w procesie karnym

„Psychopatia oznacza cierpienie duszy, czyli w dosłownym znaczeniu tego słowa, każdy człowiek jest psychopata, ponieważ nie ma człowieka, który nigdy by nie cierpiał”.

Antoni Kępiński, *Psychopatie*

„Kłamię tak, jak oddycham – jedno nie mniej naturalne niż drugie”.

Robert D. Hare, *Psychopaci są wśród nas*

Wprowadzenie

Art. 3 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego¹ stanowi, co należy rozumieć pod pojęciem zaburzeń psychicznych², mianowicie: chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe, a także inne zaburzenia funkcji psychicznych. Zakres pojęcia „inne zaburzenia funkcji

¹ Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego z dnia 19 sierpnia 1994 r. (Dz.U. Nr 111, poz. 231).

² Zaburzenia psychiczne dzielą się na: choroby psychiczne, upośledzenia umysłowe i inne zakłócenia czynności psychicznych. Choroby psychiczne jest to termin zbiorczy i obejmuje wszystkie zaburzenia psychiczne, tj. nerwice, psychozy, zespoły psychoorganiczne i zaburzenia osobowości. W węższym znaczeniu choroba psychiczna jest synonimem psychozy, czyli zaburzeniem psychicznym. Psychoza w dużym stopniu ogranicza wgląd (tj. zdolność radzenia sobie ze zwykłymi wymaganiami życia lub utrzymania właściwego kontaktu z rzeczywistością). Psychoza przejawia się w jakościowych zmianach chorobliwych w zakresie postrzegania, świadomości, myślenia, intelektu, napędu psychoruchowego i innych procesów prowadzących do zaburzeń w środowisku społecznym. Upośledzenie umysłowe jest to stan charakteryzujący się niższą od przeciętnej sprawnością intelektualną, związany z zaburzeniami procesów: dojrzwianie, uczenie się i przystosowanie społeczne (IQ poniżej 70 pkt.).

psychicznych” odnosi się do innych zakłóceń czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym.

Od 1992 r. obowiązuje w Polsce wykaz rozpoznań psychiatrycznych i ich definicji według Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych – rewizja 10 (*International Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-10*), który obejmuje: organiczne zaburzenia psychiczne włącznie z zespołami objawowymi, zaburzenia psychiczne i zaburzenia zachowania spowodowane używaniem substancji psychoaktywnych, schizofrenię, zaburzenia typu schizofrenii i urojeniowe, zaburzenia afektywne, zaburzenia nerwicowe, zespoły behawioralne związane z zaburzeniami fizjologicznymi i czynnikami fizycznymi, zaburzenia osobowości i zachowania dorosłych, upośledzenie umysłowe, zaburzenia rozwoju psychicznego, zaburzenia zachowania i emocji rozpoczynające się w dzieciństwie i w wieku młodzieńczym oraz nieokreślone zaburzenia psychiczne³.

Zakresem podmiotowym pracy są osoby z zaburzeniami osobowości. Zaburzenia te stanowią jeden z najbardziej złożonych problemów współczesnej psychiatrii. Podstawowym kierunkiem badań są tzw. teorie cech osobowości, które charakteryzują się klasyfikowaniem ludzi ze względu na ich cechy stałe. W niektórych sytuacjach ludzie wykazują podobieństwo zachowań, czyli przejawiają relewantne cechy, tworzące strukturę osobowości. Zgodnie z teorią cech zaburzenia osobowości definiuje się jako stosunkowo trwałe zahamowanie rozwoju osobowości, które zapobiega prawidłowemu funkcjonowaniu jej mechanizmów integracyjno-regulacyjnych⁴. W świetle przyjętej ICD-10 zaburzenia osobowości określane są mianem utrwalonych wzorców zachowań, przejawiające się odchyleniami od norm przyjętych w danej kulturze.

³ A. Bilikiewicz, *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zagadnienia nazewnictwa*, [w:] A. Bilikiewicz (red.), *Psychiatria dla studentów medycyny*, Warszawa 1998, s. 108 i n.

⁴ A. Jakubik, *Zaburzenia osobowości*, [w:] A. Bilikiewicz (red.), *Psychiatria...*, s. 344.

Cechują się mało elastycznymi reakcjami na różne sytuacje indywidualne i trudnościami w przystosowaniu się do życia w społeczeństwie⁵.

Celem pracy jest próba scharakteryzowania wiarygodności zeznań świadka z zaburzeniami osobowości. Problem wiarygodności zeznań jako środka dowodowego jest niezwykle ważny dla kształtowania się polskiego procesu karnego, gdyż w dalszym ciągu stanowi podstawę większości rozstrzygnięć. W obecnym stanie prawnym nie ma uregulowania ograniczającego możliwość składania zeznań przez świadków dotkniętych zaburzeniami psychicznymi⁶. Kwestia ta, jest o tyle ważna, że w niektórych stanach świadkowie niezależnie od intencji zniekształcają rzeczywistość (np. w psychozie), a w innych świadomie zeznają nieprawdę i zatajają prawdę (np. patologiczni kłamcy).

1. Aspekt psychiatryczny

W XIX w. psychopatia została uznana „moralnym obłądem”. Dziś jest powszechnie znana jako „antysocjalne zaburzenia osobowości” lub „socjopatia”. Najbardziej aktualne źródła klasyfikacji zaburzeń zachowań zostały zawarte w DSM-IV oraz ICD-10. Pierwszy z wymienionych został opracowany przez Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne w 1994 r. – Diagnostyczny i Statystyczny Podręcznik Zaburzeń Psychiczych (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*)⁷. Natomiast druga została opracowana przez Światową Organizację Zdrowia⁸.

ICD-10 rozróżniła następujące postacie zaburzeń osobowości: paranoiczną, schizoidalną, dysocjalną, chwiejną emocjonalnie, histrionicz-

⁵ *Ibidem*, s. 344 i n.

⁶ J. Grajewski (red.), *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa, 2007, s. 373.

⁷ *DSM-IV. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, wyd. IV, APA, Washington 1994.

⁸ *ICD-10. Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych*, rewizja X, rozdz. V: *Zaburzenia psychiczne i zaburzenia zachowania (F00–F99)*. Vesalius, Kraków 1994.

ną, anankastyczną, lękową, zależną i inne zaburzenia osobowości, a także zaburzenia osobowości bliżej nie określone.

1) Osobowość paranoiczna – cechuje się zamknięciem w sobie, nieufnością, sensytywnością, zazdrością i podejrzliwością dotyczącą wierności seksualnej partnera. Osoby takie mają tendencję przypisywania innym negatywnych motywów postępowania, przy tym jednak starają się utrzymać dobre stosunki międzyludzkie. Osobnicy ujawniają skłonność do poniżania innych osób na skutek długotrwałego przeżywania przykrości, np. niewybaczania krzywd, zniewag. Osoby te charakteryzuje nadmierne przekonanie o swojej wyjątkowości i nadmierne poczucie własnej wartości, w konsekwencji wytrwale realizują wytyczone cele, bez względu na skutki swoich działań.

2) Osobowość schizoidalna – charakteryzuje się unikaniem bliższych kontaktów emocjonalnych i społecznych (brak rezonansu uczuciowego) oraz skłonnością do samotnictwa i izolacji społecznej. Osoby takie mają nierealistyczny stosunek do życia, silną skłonność do fantazjowania, wysokie ambicje i na ogół dziwaczne zainteresowania i zwyczaje. W myśleniu osobnicy schizoidalni są do pewnego stopnia autystyczni. Przejawiają brak synonii, niewrażliwość na obowiązujące konwencje społeczne, dystans w stosunku do otoczenia, a w konsekwencji niezdolność do wyrażania uczuć czy też odczuwania przyjemności.

3) Osobowość dyssocjalna (antyspołeczna) – przede wszystkim cechuje się trwałą niezdolnością związków uczuciowych, brak poczucia winy, nieumiejętność planowania dalszych celów, jedynie skupienie się na teraźniejszości (natychmiastowe zaspokojenie własnych potrzeb). Pomimo sprawnej inteligencji osoby takie są niezdolne przewidywać skutki własnego działania i obarczanie innych własnymi niepowodzeniami. Często naruszają normy prawne i moralne, co ułatwia brak lęku i egocentryzm⁹.

4) Osobowość chwiejną emocjonalnie można podzielić na dwa typy, tj. impulsywny i pograniczny (*borderline*). Typ impulsywny cechuje się podwyższoną drażliwością, pobudliwością oraz wybuchami gniewu, złości i agresywnością. Wybuchy te są nieproporcjonalne do wywołujących je bodźców. Mają one charakter afektów z absolutną niezdolnością opanowywania ich i kontrolowania, może nawet dochodzić

⁹ M. Jarosz, *Psychologia lekarska*, Warszawa 1978.

do zaburzenia świadomości. Gwałtownym zachowaniom zazwyczaj towarzyszy brak przewidywania ich konsekwencji. Typ pograniczny charakteryzuje się brakiem zdolności kontrolowania zachowań emocjonalnych. Cechuje się stałym uczuciem pustki wewnętrznej przy jednoczesnych impulsywnych i gwałtownych działaniach, które prowadzą do konfliktów.

5) Osobowość histrioniczna – odznacza się niestałością i niedorzecznością uczuciową, wzmożoną podatnością na sugestie. Histerycy są egocentrykami, mają skłonność do dramatyzowania zwykłych wydarzeń i starają się zwrócić na siebie uwagę przesadnym zachowaniem. Bywają hiperaktywni, uczuciowo niestali i często w swoich uczuciach nieszczerzy, skłonni do manipulacji innymi dla osiągnięcia własnych celów. Ich ciągła potrzeba zyskiwania podziwu i uznania powoduje fantazjowanie i kłamstwa.

6) Osobowość anankastyczna – wyraża się natręctwami i kompulsywnością. Charakteryzuje się dużym przestrzeganiem norm i zasad, przesadnym poczuciem obowiązku, ogromną sumiennością, dążeniem do perfekcjonizmu, który często przeszkadza w realizacji podjętych celów, pedantycznością, sztywnością i skrępowaniem, niezdolnością do odprężenia. Osoby takie organizują swoje postępowanie, pochłonięte planowaniem i regulaminami, często odczuwają niepewność, ciągłe wątpliwości przejawiające się w trudności podejmowania decyzji.

7) Osobowość lękowa – charakteryzuje się stałym uczuciem lęku i niepewności. Z powodu niedowartościowania, nieśmiałości, niskiej samooceny, nieprzystosowania występuje nieodparta potrzeba akceptacji innych. Jednocześnie, stale kontrolując i analizując swoje zachowanie w celu zapewnienia sobie bezpieczeństwa, przejawia niechęć do wchodzenia w relacje z ludźmi.

8) Osobowość zależna (asteniczna) – cechuje ją wyjątkowe popadanie w zmęczenie, nadwrażliwość na wszelkie obciążenia, stresy psychiczne i somatyczne, przy na ogół niskim poziomie energii. Niewykonywanie codziennych obowiązków z powodu braku aktywności i samodzielności oraz poczuciem niekompetencji. Osoby takie odnoszą wrażenie, że ludzie ich nie cenią, stąd ciągła obawa przed porzuceniem przez bliskich. Z powodu poczucia niepewności i bezradności często cierpią na bóle głowy i zaburzenia snu.

Z przeglądu literatury przedmiotu wynika, że większość badań przeprowadzono nad psychopatią (inaczej: osobowością dyssocjalną, osobowością nieprawidłową). Zagadnienie psychopatii cieszy się dalej ogromnym zainteresowaniem psychoanalityków, pomimo iż termin stał się zbyt szeroki i mało operatywny, a zespół cech statuującą osobowość psychopatyczną można było przypisać każdemu człowiekowi.

Pomimo to nazwa „psychopatia” jest nadal w użyciu wśród psychologów, psychiatrów, a także działaczy społecznych związanych z różnymi formami działalności resocjalizacyjnej. Wydaje się, że świadczy to nie tylko o pewnej inercyjności ludzkiego umysłu, lecz stanowi przede wszystkim wyraz tego, że nazwa „psychopatia”, pomimo jej nieścisłości, wyjątkowo dobrze funkcjonuje w przypadku kategoryzacji różnych form dewiacji zachowania, zwłaszcza defektów w sferze rozwoju moralnego człowieka. Pomimo starań, które podjęto podczas VI Światowego Kongresu Psychiatrów w 1977 r. i które dotyczyły „diagnostycznych dylematów psychopatii”, termin ten został oficjalnie usunięty z terminologii z zakresu psychologii klinicznej i psychiatrii.

Niemniej jednak, komentarza wymaga to zagadnienie ze względu na ilość przeprowadzonych badań nad tym zaburzeniem, w porównaniu do innych postaci klinicznych. Na potrzeby niniejszego opracowania termin „psychopatia” będzie używany z znaczeniu zaburzenia osobowości, które cechujące się pewnym zespołem zachowań i domniemanych cech charakteru w większości uznawanych przez społeczeństwo za niepożądane. Objawy tego zaburzenia to w szczególności: nieliczenie się z normami społecznymi, z uczuciami innych osób, lekceważenie zobowiązań społecznych, łatwość reagowania agresją i gwałtownymi zachowaniami nieadekwatnymi do sytuacji, brak poczucia winy i niewrażliwość na stosowanie kary, skłonność do obwiniania innych jako jedyny sposób wyjaśnienia własnego zachowania¹⁰.

Przyglądając się zatem człowiekowi o osobowości psychopatycznej, można ustalić, iż najprawdopodobniej będzie to mężczyzna. Niektórzy szacują, że szanse wypadną 4:1, a inni 8:1. Różnica bierze się stąd, iż doświadczenia manipulacji, łamanie granic i zachowań destrukcyjnych oraz autodestrukcyjnych rzadziej nazywane są psychopatią

¹⁰ J. Strelau (red), *Psychologia. Podręcznik akademicki*, Gdańsk 2005, t. 3, s. 589.

u kobiet, gdyż stawiane są inne diagnozy. Niezależnie od tego jednak są one mniej predysponowane do zostania psychopatkami ze względu na uwarunkowania biologiczne: inny zestaw hormonów, mniejsza niż mężczyźni siła fizyczna i ograniczenia związane z macierzyństwem i ciążą¹¹. Ogólnie rzecz biorąc, ta zdominowana przez mężczyzn grupa stanowi do 3% społeczeństwa¹².

W amerykańskim systemie klasyfikacyjnym DSM-IV osoba wykazująca cechy osobowości antysocjalnej przejawia m.in. „zachowanie antyspołeczne pojawiające się z reguły na kilka lat przed 15 rokiem życia; daje się zauważyć od wczesnych lat szkolnych (lub wcześniej) i występuje bez przerwy aż do wieku dojrzałego. W wieku dojrzałym osoba taka wykazuje bezustannie wyraźnie zmniejszoną zdolność do doznawania trwałych, bliskich, ciepłych i odpowiedzialnych związków z rodziną, przyjaciółmi i partnerami seksualnymi. Cechują ją także niepowodzenia w uzyskiwaniu dobrych wyników pracy przez okres wielu lat”¹³.

Psychopatia to niezdolność wytworzenia więzi lub przywiązania się do drugiego człowieka i dodatkowo prymitywne mechanizmy obronne. Przyczyną takiego zjawiska, jak wskazują niektóre badania, jest podłoże genetyczne; inne wskazują na zmienione czynniki neurochemiczne i hormonalne (wpływ epinefryny)¹⁴. W piśmiennictwie można natknąć się na informacje, iż u 91% psychopatów odnajdujemy uszkodzenia strukturalne i funkcjonalne mózgu, co wskazuje na podłoże organiczne ich zachowań, być może wynikające również z uzależnień od alkoholu i substancji psychoaktywnych, ale także zespół XYY, czynniki konstytucjonalne i organiczne, fizjologiczną nadpobudliwość, psychopatię rodziców, wczesną deprawację, brak rodziców, środowisko. Do przyczyn rozwoju nieprawidłowej osobowości można jeszcze zaliczyć: niedojrzałość mechanizmów korowych, charakteropatię, patologię rodziny, psychopatię ojca.

Zmiennymi, które charakteryzują ową grupę ludzi, są: impulsywność, zaburzenia rozumowania moralnego, poszukiwanie wrażeń, dzie-

¹¹ R.D. Hare, *Psychopaci są wśród nas*, Kraków 2008.

¹² A. Jakubik, *op. cit.*, s. 345.

¹³ Cyt. za: K. Pospieszyl, *Psychopatia*, Warszawa 2000, s. 10.

¹⁴ *Ibidem*, s. 75–93.

cięca agresja i brak empatii. W literaturze przedmiotu przyjmuje się pogląd o uszkodzeniu obszaru mózgu, który uczestniczy w kontroli emocji, np. wściekłości lub zazdrości, tj. uszkodzenie ciała migdałowatego. Powszechnie poruszaną kwestią jest uszkodzenie płatów czołowych. Wiedza psychologiczna podpowiada, iż psychopaci albo rodzą się jako specyficzne dzieci, tzn. z pewnymi ograniczeniami, albo napotykać specyficzne środowisko rodzinne, albo też splatają się obie te okoliczności. Zdrowe niemowlę, gdy matka zaspokaja jego podstawowe potrzeby, wytwarza pierwotne uczucie ufności i dobrej więzi z drugim człowiekiem. Dorastając będzie postrzegać świat według tej pierwszej matrycy, ufając, że ludzie zasadniczo nie czynią mu krzywdy, a świat jest bezpiecznym miejscem dającym okazję zaspokojenia potrzeb. Rozwija ono zdrowe poczucie kontroli nad otoczeniem i wpływu na to, co mu się przydarzy. Psychopata ze względu na wrodzone braki czy też ze względu na niewłaściwą opiekę macierzyńską nie ma w swej biografii nawet śladu takiego satysfakcjonującego związku. Z tych pierwszych doświadczeń psychopata wynosi raczej wrażenie chaosu, bezwzględności i sadystycznego traktowania, pozbawienie ciepła i satysfakcji. Świat odkrywa jako miejsce wrogie, gdzie tylko siłą można zaspokoić swe potrzeby i popędy.

Wpływ dalszego wychowania jest trudny do ustalenia, lecz przyjmuje się, iż środowisko może mieć wpływ na dalszy rozwój i sposób wyrażenia się psychopatii, czyli w pewnym uproszczeniu: stabilna rodzina, dostęp do zasobów społecznych i edukacyjnych mogą dać nieuczciwego przedsiębiorcę, polityka czy adwokata, podczas gdy ubogie i nie zrównoważone środowisko wychowa przestępcę, maltretującego męża lub gwałciiciela. To, co zaobserwowano w biografiiach psychopatycznych morderców, to specyficzne połączenie surowej dyscypliny z nadmiernym rozpieszczaniem materialnym, które stosuje się zamiast rozmowy z dzieckiem i pocieszenia (słowo traci swą funkcję tworzenia więzi i regulowania emocji) oraz charakterystyczną słabość lub depresję matek wraz z wybuchowością i okrucieństwem ojca. Czasem zdarza się również, iż rodzice odreagowują własne skłonności psychopatyczne, przekazując dziecku obraz wrogiego świata, gdzie powinno ono dbać tylko o własny interes i reagują wściekłością na próby zdyscyplinowania potomka przez osoby spoza rodziny. Wzmacnia to pierwotne

skłonności. Ostatecznym efektem jest brak przywiązania i identyfikacji z opiekunami, jak również z kulturą i społeczeństwem w ogólności. Powszechnie nazywa się to brakiem sumienia; psycholog powiedziałby zaś: bardzo prymitywne superego, tzw. prekursor superego. Może to polegać na całkowitym ignorowaniu ogólnie przyjętych zasad, brutalnym i bezmyślnym działaniu, które nietrudno zdemaskować. Inaczej sytuacja kształtuje się w przypadku „psychopatów w białych kołnierzykach”, u których superego jest trochę wyżej zorganizowane: mają świadomość braku sumienia i odpowiednie uwarunkowania do narcystycznego maskowania swojej bezwzględności¹⁵.

„Bezuczuciowi” i okrutni psychopaci wykazują czasami także podobieństwo z osobami o silnie zaznaczonych cechach narcystycznych i w innej jeszcze, niezwykle ważnej w życiu społecznym płaszczyźnie (podstawowej jeśli chodzi o możliwości manipulowania innymi) umiejętności czynienia z siebie osoby popularnej i tworzenia własnej legendy. Wyrazem narcystycznej osobowości jest tęsknota za podziwem i uwielbieniem innych ludzi. Stanowi to bowiem z wielokrotnieniem admiracji własnej osoby. Wbrew logice ludzie „zakochani w sobie” nie tylko nie odstręczają innych, lecz potrafią ich w przedziwny sposób intrygować swą osobą, potrafią wzbudzać wokół siebie specyficznego rodzaju charyzmę, jawić się innym jako ludzie specjalnie powołani do spełnienia różnego rodzaju ważnych misji, niekiedy wręcz występują jako jednostki nawiedzone.

Są rozsądni oraz świadomi swojego postępowania i jego motywów, a więc w pełni poczytalni i psychicznie zdrowi według kryteriów prawnych i psychiatrycznych. Z drugiej strony natomiast, przyglądając się wypowiedzi samego psychopaty¹⁶: „Wszyscy powtarzają, że psychopatów nie można leczyć. To bzdury. Psychopata to taki sam człowiek jak każdy inny. Jest psychopata, bo ma większą wrażliwość (...) Nie może znieść bólu i dlatego pozwala, żeby spłynął po nim jak po kacze”¹⁷ – niebywałą trudność stanowi rozstrzygnięcie o poczytalności takiej osoby. Naukowcy udowadniają, że psychopaci wyka-

¹⁵ R.D. Hare, *op. cit.*

¹⁶ Joseph Fredericks, homoseksualny pedofil z bogatą przeszłością kryminalną, która obejmowała umyślne zabójstwo jedenastoletniego chłopca.

¹⁷ R.D. Hare, *op. cit.*, za: Canadian Press, 22 IX 1992.

zują brak umysłowych i emocjonalnych mechanizmów potrzebnych po przekształcenia znajomości zasad w postępowanie tolerowane przez społeczeństwo. Psychopata pojmuje intelektualne reguły, ale emocjonalne są nieosiągalne. Z powodu niewykształcenia sumienia nie mogą odczuwać skruchy i poczucia winy. Mimo to rozumieją konwencjonalne zasady dobra i zła, a więc są wystarczająco świadomi, aby odpowiadać za własne czyny.

Psychopaci tak szybko przechodzą od pobudzenia do działania, iż najczęściej nie są świadomi uczuć, które mogą temu towarzyszyć. To tworzy charakterystyczną dla tego zaburzenia osobowości pustkę emocjonalną, wyrachowanie i obojętność wobec innych oraz uderzający brak lęku. Wieloletni badacz psychopatycznych przestępców, psycholog Robert Hare, przytacza taką wypowiedź psychopaty: „Są uczucia – całe ich spektrum – które znam tylko z relacji, z lektury i mojej niedojrzałej wyobraźni. Potrafię sobie wyobrazić, że je doznaję, a zatem wiem, czym one są, ale tak nie jest. Mając 37 lat jestem zaledwie rozwiniętym nad wiek dzieckiem. Moje uczucia to uczucia małego chłopca” Inny opisuje stany emocjonalne, ale bardzo zawężone: „Wierzę w uczucia: nienawiść, gniew, pożądanie i zachłanność”¹⁸.

Zakłóceniu ulega też mowa psychopatów. Specyficzny sposób, w jaki budują wypowiedzi, często zaprzeczając sobie, gubiąc logiczny ciąg wypowiedzi: „Czy popełnił pan kiedyś brutalne przestępstwo?” – „Nie, ale raz musiałem kogoś zabić”; „Świadek zeznał, że pana widział na miejscu zdarzenia” – „Kłamie. Wcale mnie tam nie było. Szkoda, że nie odstrzeliłem mu tego łba”. Może to być związane z faktem, że ich mowa jest sterowana przez obie półkule, a nie jak u większości ludzi przez lewą, co zwiększa ilość zakłóceń i sprzeczności w wypowiedziach. Pytanie, skąd się bierze takie specyficzne odczuwanie i wyrażanie siebie, doprowadza do odpowiedzi: dzieciństwo. Większość psychopatów zachowuje się niepokojąco już w dzieciństwie. Zachowania te mogą obejmować uporczywe kłamstwa, oszustwa, kradzieże, podpalenia, wagary, zakłócenia toku lekcji, nadużywanie środków odurzających, wandalizm, znęcanie się

¹⁸ R.D. Hare, *op. cit.*

nad rówieśnikami i zwierzętami, ucieczki z domu i wczesne współżycie seksualne¹⁹.

Wypowiedzi zawierają logiczne niespójne twierdzenia, a czasami są zupełnie sprzeczne. Najlepszy przykład, kiedy zapytano Teda Bundy'ego, jak działa na niego kokaina, odparł: „Kokaina? Nigdy jej nie brałem. (...) Nigdy nie próbowałem kokainy. Zdaje się, że spróbowałem raz i nic z tego nie wyszło. Trochę powciągałem i tyle. Po prostu trzymam się od niej z daleka. Jest za droga. Przypuszczam, że gdybym zajmował się rozprowadzaniem i miał jej pod dostatkiem, mógłbym się przyzwyczaić. Ale zasadniczo interesuje mnie marihuana. Po prostu... uwielbiam skrety. I valium. No i alkohol, naturalnie”²⁰.

Jednocześnie z psychopatą warto negocjować wydanie współników przestępstwa, gdyż brak sumienia i lojalnego przywiązania czyni go wspaniałym kandydatem do racjonalnego rachunku zysków i strat wynikających ze zdrady. Natomiast należy bardzo uważnie podejmować decyzje o zwolnieniu warunkowym psychopatycznego przestępcy, gdyż najczęściej nie ma on wewnętrznych zasobów do refleksji nad własnym postępowaniem i przeżycia skruchy.

Trudno rozstrzygnąć, co skrywa psychopatyczne wnętrze takiego człowieka. Rozważania nad psychiką psychopaty należy prowadzić wyłącznie w odniesieniu do konkretnej osoby w danej sytuacji w zależności od celu, jakiemu osąd ma służyć. Nie należy pozostawać z pesymistyczną refleksją nad psychopatyczną naturą i dołą społeczeństwa skazanego na pasożytnicze i wrogie praktyki. Ograniczone możliwości wpływu społecznego rekompensuje w tym przypadku matka natura. Ona obniżając z wiekiem poziom hormonów, zmniejszając siłę fizyczną, konfrontując psychopatę ze skutkami autodestrukcyjnych działań (jak choćby nadużywanie substancji psychoaktywnych i alkoholu) i ukazując mu na półmetku życia realności śmierci. Po przekroczeniu 40 roku życia psychopaci, którzy unikną w tym czasie wyniszczenia i więzienia „wypalają się” i w granicach swoich możliwości uspołeczniają się²¹.

¹⁹ *Ibidem*, s. 91.

²⁰ S.G. Michaud, H. Aynesworth, *Ted Bundy. Conversations with a Killer*, New York 1989.

²¹ A. Jakubik, *op. cit.*, s. 345.

2. Aspekt prawny

W przypadku procesu karnego fundamentalną rolę odgrywa zasada prawdy materialnej, która wyraża ideę, iż „podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne” (art. 2 § 2 k.p.k.)²². Organ procesowy w postępowaniu dowodowym dąży do poznania prawdy – przekonania zgodnego z rzeczywistością – celem odtworzenia przeszłego zdarzenia będącego przedmiotem procesu. Wiedza, doświadczenie i działanie (poszukiwanie, gromadzenie i ocenianie) organów procesowych mają istotne znaczenie podczas dokonywania ustaleń faktycznych w toku postępowania dowodowego. Jeżeli poznanie faktów oparte jest na osobowych źródłach dowodowych, tj. oskarżonych i świadkach, należy pamiętać o ocenie ich wiarygodności ze względu na możliwość zniekształcenia przekazywanej informacji²³.

Wbrew powszechnemu przekonaniu, wykorzystywanie osiągnięć nauki, wypracowanie nowych metod śledczych i badawczych w kryminalistyce w zakresie ujawniania, gromadzenia i zabezpieczania dowodów rzeczowych nie odgrywa kluczowej roli w procesie poznawczym. W dalszym ciągu polskie sądy karne orzekają głównie na podstawie dowodów z zeznań świadków, tj. wiadomości dotyczących przedmiotu procesu, które mogą być mało wiarygodne ze względu na wady ludzkiego umysłu oraz zdolności poznawcze²⁴.

Świadkiem jest każda osoba fizyczna, bez względu na jej wiek i stan zdrowia wezwana przez organ procesowy w celu złożenia zeznań lub osoba, która zostanie włączona do postępowania bez uprzedniego wezwania. W polskim systemie prawnym nie istnieją żadne ograniczenia dotyczące możliwości składania zeznań przez osoby wątpliwego stanu psychicznego, uwzględnia się jedynie fakt przydatności takich zeznań w postępowaniu. Zeznania są formowane w toku procesów: spostrzegania, zapamiętywania, przechowywania

²² Ustawa Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. Nr 89, poz. 555).

²³ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 220–228.

²⁴ Z. Świda (red.), *Postępowanie karne*, Warszawa 2008, s. 319.

w pamięci, odtwarzania treści innym. Czynności te odbywają się za pomocą prawidłowo funkcjonujących zmysłów, tj. wzroku, słuchu, smaku, węchu, dotyku w toku procesów poznawczych²⁵. Z powodu wielu czynników endogennych, egzogennych i psychogennych mogą wystąpić zaburzenia: spostrzegania, uwagi, myślenia i pamięci. Powodują one zakłócenia odbioru rzeczywistości, co wpływa negatywnie na treść zeznań świadka.

Badając dowód z przesłuchania świadka, należy kierować się szczególnie ostrożnością i rozważą, zestawiając go z innymi faktami. Zeznania złożone przez świadka zależą od wielu czynników wewnętrznych (np. inteligencja, wiek, stan zdrowia, doświadczenia czy przekonania) oraz zewnętrznych (np. presja społeczna, wpływ czasu itp.)²⁶. Ocena wiarygodności tego dowodu powinna być oparta na kilku kryteriach: przebiegu zeznania, stopniu szczegółowości treści zeznania, sposobu zeznawania, przekazywania informacji typowych dla danego przestępstwa, które po kumulatywnym spełnieniu mogą być uznane za wiarygodne²⁷.

Za pomocą narządów zmysłowych w toku procesów poznawczych w psychice człowieka są formułowane zeznania. Powstawanie doznań zmysłowych zachodzi na dwóch poziomach: wrażenia i spostrzegania. Wrażenie jest najprostszym procesem poznawczym; swoistą reakcją receptora na pochodzące ze środowiska pobudzenie, będące fizjologiczną reakcją, całkowicie niezależną od organu zmysłowego. Natomiast spostrzeganie jest złożonym procesem psychicznym, dzięki któremu jednostka porządkuje swoje wrażenia i poznaje rzeczywistość. Wszystkie doznania zmysłowe powstają gdy bodziec działający na receptory osiągnie minimalną intensywność określaną jako wartość progowa.

Proces formowania się zeznań przebiega na czterech płaszczyznach: spostrzegania, zapamiętywania, przechowywania w pamięci i odtwarzania. Spostrzeganie jest poznawczym procesem psychicznym, polegającym na odzwierciedleniu się w świadomości człowieka całokształtu

²⁵ J. Widacki (red), *Kryminalistyka*, Warszawa, 2008, s. 77–81.

²⁶ T. Maruszewski, *Pamięć jako podstawowy mechanizm przechowywania doświadczenia oraz Pamięć autobiograficzna jako podstawa tworzenia doświadczenia indywidualnego*, [w:] J. Strelau (red.), *Psychologia*, t. 2, Gdańsk 2000, s. 166–180.

²⁷ F. Arntzen, Z. Woźniak (red.), *Psychologia zeznań świadków*, Warszawa 1989.

przedmiotu działającego na analizatory zmysłowe. Trafnemu poznaniu rzeczywistości mogą przeszkadzać tzw. złudzenia²⁸, będące swoistymi oszustwami percepcyjnymi²⁹. Poza iluzjami istnieje wiele czynników modyfikujących formułowanie się zeznań, a zwłaszcza sprawność organów zmysłowych, wpływ warunków zewnętrznych na percepcję oraz osobiste warunki spostrzegania. Często jednostki z osobowością paranoiczną przejawiają skłonności do zniekształconego postrzegania rzeczywistości. Wyraża się to w błędnej interpretacji zachowań innych osób, jako działań umyślnie wrogich. Przejawia się w nieuzasadnionym wyjaśnianiem „spiskowych” wydarzeń dotyczących własnej osoby.

Proces spostrzegania jest immanentnie związany z uwagą. Jest to zdolność psychiczna do skierowania czynności poznawczych w określonym kierunku lub gotowość do działania³⁰. Spostrzeganie może być ograniczone na skutek zaburzeń uwagi, które przejawiają się w nadmiernej przeczutności uwagi bądź trudność w jej przenoszeniu. Pierwsze z wymienionych zaburzeń, pojawia się w stanie maniakalnym. Przejawia się przyspieszeniem myśli i krótkotrwałym zainteresowaniem nową sprawą. Następuje nadmierna, czyli chorobliwa przeczutność, która zmniejsza możliwość skupienia uwagi na przedmiocie przez dłuższy czas.

Następnie zapamiętywanie jest procesem, który zależy od struktury i czynności kory mózgowej. Struktury mózgowe odgrywają istotną rolę w procesie myślenia, np. w korze czołowej i skroniowej odbywa się zespolenie procesów poznawczych, emocjonalnych i motywacyjnych, przy czym półkula lewa odpowiada za procesy werbalne, natomiast

²⁸ Złudzenia – inaczej iluzje zmysłowe, zaburzenia spostrzegania, które polegają na błędnej percepcji realnie istniejących przedmiotów. W psychozach występuje duża siła przekonania przypominająca urojenia. Natomiast u zdrowych ludzi złudzenia podlegają sprostowaniu.

²⁹ E. Gruza, M. Goc, J. Moszczyński, *Kryminalistyka – czyli rzecz o metodach śledczych*, Warszawa 2008, s. 89–90.

³⁰ Cechy uwagi skierowane na czynności poznawcze: zakres uwagi (liczba elementów które można spostrzec w bardzo krótkim czasie), koncentracja (skupienie uwagi na przedmiocie spostrzeganym), trwałość (dłuższy czas utrzymania uwagi), przeczutność (szybkie przenoszenie uwagi z przedmiotu na inny), podzielnosc (jednoczesne czynienie kilku rzeczy), wybiórczość (kierowanie uwagi na przedmiot z pominięciem innych).

prawa za emocjonalne i przestrzenne. Tymczasem układ limbiczny bierze udział w procesach pamięci emocjonalnej (ciało migdałowe) i deklaratywnej (hipokamp). Osobowość dysocjalną charakteryzuje anormalny przebieg fal mózgowych pochodzący z płatów skroniowych i układu limbicznego mózgu, obszarów, które kontrolują pamięć i emocje. Jak wynika z przeprowadzonych badań, osobowości dysocjalne mają uszkodzone ciało migdałowe, w następstwie czego nie są zdolni do związków uczuciowych z innymi ludźmi. Tymczasem w procesie myślenia występuje szereg zaburzeń³¹, które mają doniosłe skutki w zakresie formułowania zeznań. Najwyraźniejszym przykładem jest ambisentencja występująca u osobowości dysocjalnych, chwiejnej emocjonalnie (*borderline personality*) i histrionicznej. Polega na wypowiedaniu sprzecznych wypowiedzi, ale osobie mówiącej wydaje się, że są prawdziwe. Ambisentencja i myślenie magiczne charakterystyczne dla osobowości histrionicznej są przejawem myślenia patologicznego³².

Od momentu zapamiętania do chwili odtworzenia następuje etap przechowywania informacji w pamięci. Odtwarzanie jest procesem ponownej aktywizacji nabytych informacji. Przebiega za pomocą przypominania (wywoływaniem wyobrażeń dawniej spostrzeganych przedmiotów, nie postrzegając ich w tym momencie) i rozpoznawania (identyfikacja bodźca czy sytuacji występującej uprzednio z obecnie prezentowaną). W skutek zaburzeń pamięci może dojść do zniekształcania materiału spostrzeżonego. Można tu wyodrębnić: konfabulacje i omamy pamięciowe. Pierwsze są to wypowiedzi zmyślane, uzupełniające luki pamięciowe. Drugie to rzekome wyobrażenia odtwórcze, nieodpowiadające żadnym obiektywnym zdarzeniom. Upośledzenie pamięci jest częstym objawem ograniczonych schorzeń mózgu. Hamować proces zapamiętywania mogą depresje, nerwice, które mogą występować u ludzi o osobowości lękowej. Natomiast wyłączenie pamięci,

³¹ Zaburzenia toku myślenia: przyspieszenie (gonitwa myśli), zwolnienie myślenia, zahamowania myślenia, zatamowanie, rozkojarzenie i splątanie toku myśli, zob. M. Jarosz, *Psychopatologia i syndromologia ogólna*, [w:] A. Bilikiewicz (red.), *Psychiatria...*, s. 70–77.

³² Myślenie patologiczne polega na abstrahowaniu, wnioskowaniu, uogólnianiu niezgodnie z zasadami logiki.

czyli amnezja³³, jest wynikiem ograniczonego uszkodzenia mózgu lub jego zaburzeń czynnościowych³⁴. W wyniku luk w pamięci ludzie wypełniają je fałszywą treścią. Jeżeli treść zostanie sugestywnie podsunęta, stworzy przeświadczenie, o trafności wypowiedzi.

Jednostki, u których rozpoznaje się osobowość schizoidalną i histrioniczną, mają skłonności do introsekcji i ucieczki we własny świat przeżyć wewnętrznych. Zdarza się, że uciekają w świat marzeń. Przesłuchujący nie powinni mieć większych problemów z rozpoznaniem osobowości histrionicznych ze względu na teatralność zachowań, co powoduje nieautentyczność uzewnętrznianych uczuć. Zeznania złożone przez osobę o osobowości dyssocjalnej są nielogiczne, przekoloryzowane, a w większości przypadków fałszywe. Szczegóły zawarte w zeznaniach są opisane bez związku ze sobą, fakty są pomieszane, fragmenty zdarzeń są opuszczone, a wypowiedzi niespójne. Świadek często wspomina o pewnych elementach zdarzenia, przez co wiele faktów w zeznaniu zostaje początkowo niezrozumiałych. Dłuższe, nieudolne zeznawanie jest spotykane u mało inteligentnych świadków oraz u osób o impulsywnej osobowości chwiejnej emocjonalnie. Przyczyną zaburzeń świadomości u jednostek z impulsywną osobowością chwiejną emocjonalnie są niekontrolowane wybuchy gniewu, złości i agresji. Poza słabą orientacją w rzeczywistości osobowość dyssocjalna ma zaburzoną zdolność odróżniania własnych przeżyć od faktów rzeczywistych. Wykazuje skłonność do tzw. życzeniowej interpretacji świata (do „myślenia życzeniowego”). Jeżeli rzeczywistość jest przykra, osoba taka jest skłonna przyjmować jako realną bardziej przyjemną wersję zdarzeń. Osoby o osobowości dyssocjalnej nie rozróżniają rzeczywistości i fikcji, nie istnieje granica między prawdą a kłamstwem. Cechą wspólną jednostek z rozpoznanymi zaburzeniami osobowości dyssocjalnej, histrionicznej i pogranicznej (*borderline personality*) jest kłamstwo patologiczne.

³³ Amnezja jest to niepamięć oraz luka pamięciowa, która powstała na skutek zaburzeń zapamiętywania, przechowywania i odtwarzania. Jeżeli powstała w wyniku uszkodzenia tkanki mózgowej niepamięć może trwać długie miesiące i przejawia się klinicznie głębokim zespołem otepiennym.

³⁴ J. Widacki (red), *op. cit.*, s. 77–81.

Kłamstwo patologiczne jest to fałszowanie rzeczywistości i stopniu nieadekwatnym do oczekiwanych rezultatów. Charakteryzuje się nieustannym budowaniem fikcji w celu osiągnięcia zamierzonego skutku. Takie kłamstwo przypomina fantazjowanie małych dzieci, w szczególności gdy dzieci uciekają we własny świat przeżyć wewnętrznych. Niemniej jednak taki stan przemija z wiekiem dziecka, natomiast w przypadku patologicznego kłamcy trwa przez całe życie. Jednostki ze skłonnościami do zachowań agresywnych, przestępczych wykształciły w sobie umiejętność kłamania, za pomocą której wprowadzają w błąd otoczenie, ale również oszukują samych siebie. Uzasadnienia takiego stanu należy poszukiwać w egocentryzmie, który charakteryzuje te osobowości. Niezdolność do zawierania związków uczuciowych z innymi ludźmi oraz dystans w stosunku do otoczenia z powodu utrwalonych zachowań antyspołecznych, a także nadmierne poczucie własnej wartości wpływa na ich wyobrażenia dotyczące rzeczywistości. Przedstawiają fakty zgodnie z własną wizją, w których najczęściej przedstawiają siebie w bohaterskiej roli, która nie ma nic wspólnego obiektywnym stanem. Z powodu własnego wyobrażenia świata rzeczywistego, osoby te nie ulegają sugestii. W badaniach nad oceną wiarygodności świadków sądowych wykazano o wiele więcej błędów patologicznych kłamców niż pozostałych kontrolowanych osób w zakresie relacjonowania zdarzeń przeszłych³⁵.

Egocentryzm osoby z zaburzeniami osobowości antyspołecznej każe mu postrzegać siebie w centrum wszechświata jako istotę wyższą, która postępuje zgodnie z własnymi zasadami. Wyolbrzymione poczucie własnej wartości oraz zarozumiałość prowadzą czasem do dramatycznych skutków. Z powodu braku empatii i odpowiedzialności za swoje zachowanie takie osoby mają skłonności do przeczenia samemu sobie w kolejnych twierdzeniach. Jeżeli zostanie przyłapany na gorącym uczynku, nie spowoduje to żadnych emocji. Często patologicznie kłamie bez żadnego wyraźnego powodu. Bez zmruczenia oka zmienia podawaną przez siebie wersję, kiedy trzeba ją odpowiednio skorygować. Kłamstwo i manipulacja charaktery-

³⁵ P. Ekman, *Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce, małżeństwie*, Warszawa 1997.

zują nie tylko jednostki z zaburzeniami osobowości, ale także te z antyspołeczną osobowością, gdyż wyróżniają się niezwykłą swobodą w mówieniu nieprawdy oraz bezwzględnością i uporczywością w oszukiwaniu³⁶.

Na ocenę wiarygodności zeznań ma wpływ przebieg zeznania. Należy rozpatrzyć stałość zeznań w wielu czasowo odległych przesłuchaniach oraz rodzaj i sposób powstawania późniejszych uzupełnień. Stałość zeznań najlepiej jest ocenić, porównując treść odległych w czasie zeznań. Określony rodzaj niestałości może świadczyć o wiarygodności zeznania, zwłaszcza gdy odstęp między przesłuchaniami nie jest większy niż dwa lub trzy lata. W przypadku zeznań opartych na przeżyciach można oczekiwać, że będą one zgodne w opisie działania, osób, miejsc czy przedmiotów związanych z miejscem zdarzenia. Jednakże szczegóły okoliczności zbyt często powtarzane na przesłuchaniach utrwalają się w pamięci długotrwałej świadka i są dobrze zapamiętane. Wartość dowodowa stałości wzrasta, gdy występują spontaniczne powtórzenia zeznań dotyczące okoliczności pobocznych lub zdarzeń niebędących we wzajemnym związku. Waga cechy stałości wzrasta, gdy tempo zeznania mierzone według indywidualnego tempa czynności umysłowych jest szybsze, a zeznania zgadzają się pod względem treści. Natomiast determinantą wiarygodności zeznań są uzupełnienia, tzn. sprecyzowanie istniejącego już materiału lub przedstawienie dotąd nieopisanego. Jeżeli nowe informacje nie są sprzeczne i uzupełniają luki poprzedniego zeznania, a tempo wypowiedzi jest szybkie, świadczy to o prawdziwości zeznań. Wynika to z pamięci autobiograficznej – zdarzenia mające znaczenie dla danej osoby tworzą pewną sekwencję. Znając ją, świadek może uzupełniać brakujące elementy³⁷.

Zeznania obejmujące szczegółowe i osobliwe treści (np. dokładne dane miejsca, osób, odzwierciedlenie kolejnych czynności, odtworzenie rozmów i opis nie tylko zdarzenia, lecz także okoliczności pobocznych) mają dużą wartość dowodową. W wyniku ekspertyzy podanych informacji można jednoznacznie stwierdzić, czy świadek mógł być

³⁶ R.D. Hare, *op. cit.*

³⁷ F. Arntzen, Z. Woźniak (red.) *Psychologia zeznań świadków*, Warszawa 1989.

zdolny do przypomnienia sobie tak dużej liczby szczegółów czy też są one wytworem fantazji³⁸.

Odtwarzanie zdarzeń opartych na przeżyciach związanych z emocjami pozytywnymi i negatywnymi może ujawnić wrażliwość uczuciową świadka. Wydarzenia z życia budzące emocje są zawarte w pamięci autobiograficznej, przez co są wyraziste i lepiej zapamiętane. Odtworzenie zdarzenia prawdziwego wyraża się w natężeniu głosu, jakości różnych uczuć, a nawet obrazie wewnętrznego konfliktu. Komentarza wymaga siła emocji. Te o dużym natężeniu obniżają w sposób wybiórczy efektywność spostrzegania, zmniejszają zdolność do swobodnego i logicznego myślenia i są niezależne od człowieka. Natomiast, przesadna ekspresja (zewnętrzny obraz stanu emocjonalnego wyrażający się w gestykulacji, mimice) towarzyszy fałszywym zeznaniom³⁹.

Przyczyn błędów w zeznaniach jest wiele i można je podzielić na czynniki obiektywne i subiektywne. Do pierwszych zalicza się: czas, który upłynął od momentu spostrzegania do odtwarzania, warunki atmosferyczne, usytuowanie, oświetlenie i odległość względem zdarzenia. Czynniki subiektywne związane są z cechami fizjologicznymi, psychologicznymi, np. choroby psychiczne, upośledzenia umysłowe i inne zakłócenia czynności psychicznych, tj. nerwice, psychozy, zespoły psychoorganiczne i zaburzenia osobowości.

W sytuacji gdy sąd dysponuje dowodami bezpośrednimi, np. zeznaniami świadka, którym oskarżony przeczy, dowody pośrednie odgrywają znaczącą rolę w trakcie oceny wiarygodności dowodów bezpośrednich, wzmacniając lub osłabiając ich siłę przekonywalności⁴⁰. Dowody dają jedynie prawdopodobieństwo gdyż ocena warunkowana jest ułomnością ludzkiego zmysłowego poznania. Dowód z zeznań świadka z zaburzeniami osobowości wymaga weryfikacji i konfrontacji z pozostałymi dowodami, jedynie w połączeniu z całokształtem pozyskanego materiału dowodowego może przynieść pewność co do określonego faktu⁴¹. Ocena i kontrola dowodu z zeznań świadka uzyska w większym stopniu wiarygodność, jeżeli w przesłuchaniu weźmie

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ M. Jarosz, *Psychopatologia...*, s. 81.

⁴⁰ Z. Świda (red.), *op. cit.*, s. 272.

⁴¹ *Ibidem*, s. 275.

udział biegły psycholog lub psychiatra albo za zgodą świadka biegły poligrafer przeprowadzi badania przy użyciu urządzenia technicznego mającego na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu. Jednakże w każdym przypadku opinia biegłego lub biegłych nie może zastąpić swobodnej sędziowskiej oceny dowodów, gdyż one mają charakter pomocniczy⁴². Dowód z zeznań świadka z zaburzeniami psychicznymi nie powinien być przeprowadzony w sytuacji, gdy świadek cierpi na nieodwracalną amnezję i jest to przesłanka oddalająca wnioszek dowodowy, ponieważ takiego dowodu nie da się przeprowadzić zgodnie z art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k.⁴³ W toku przesłuchania zabronione jest zadawanie pytań sugerujących treść odpowiedzi (art. 171 § 4 k.p.k.) w stosunku co do osób małoletnich, w podeszłym wieku oraz upośledzonych umysłowo, gdyż to może wyłączyć swobodę wypowiedzi pytanych. W przypadku jednostek o osobowości histrionicznej, która łatwo ulega wpływowi innych osób lub otoczenia, zadawane pytania sugestywne nie ograniczają swobody wypowiedzi, ale wprowadzają w błąd i skłaniają do relacji nierzeczywistych wrażeń, a takich które przesłuchujący oczekuje. Jeżeli przesłuchanie świadka zostało utrwalone za pomocą urządzenia utrwalającego dźwięk lub/i obraz, dowód z zeznań takich osób powinien być poddany skrupulatnej, krytycznej i wnikliwej analizie. Jednocześnie w każdym przypadku, ocena wiarygodności zeznań powinna zależeć od treściowej analizy zeznań (analiza z punktu widzenia logiki, konsekwencji, jednolitości wypowiedzi), w połączeniu z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym przy wykorzystaniu wskazań współczesnej wiedzy, życiowego doświadczenia oraz reguł logicznego rozumowania⁴⁴. W sytuacji gdy jedynym dowodem w sprawie są zeznania świadka, ocena ich wiarygodności powinna również opierać się na wynikach wszechstronnej weryfikacji świadka. Jednostki z osobowością dysocjalną z łatwością mogą zeznać nieprawdę lub zataić prawdę, gdyż nie odczuwają lęku przed grożącą odpowiedzialnością karną za złożenie fałszywych zeznań (art. 233 § 1 k.k.) oraz nie mają poczucia winy i wstydu, co w każdym

⁴² *Ibidem*, s. 279.

⁴³ *Ibidem*, s. 282.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 314.

przypadku przybiera postawę lekceważenia norm prawnych. W celu wyeliminowania takiego dowodu z postępowania karnego powinno się uzyskać dane o właściwościach i warunkach osobistych oraz o dotychczasowym sposobie życia świadka, a w szczególności o stanie zdrowia oraz o używaniu przez niego alkoholu lub innych substancji psychoaktywnych. Przeprowadzenie wywiadu środowiskowego w stosunku do świadka nie zostało uregulowane żadnymi przepisami w polskiej procedurze karnej. Jednakże w wyjątkowych okolicznościach, kiedy zeznania świadka z zaburzeniami osobowości stanowią jedyne źródło poznania rzeczywistości, powinno się przeprowadzić precyzyjną weryfikację zdolności do złożenia zeznań z uwzględnieniem sposobu życia takiego świadka.

3. Skutki prawne

Ustalenia faktyczne zdarzenia przeszłego będące podstawą rozstrzygnięcia sprawy zależą od dowodów, a zwłaszcza od właściwej oceny wiarygodności zeznań. Metody i taktyki kryminalistyczne przesłuchiwania świadków służą zebraniu prawdziwych informacji o zdarzeniu. Jednocześnie, odpowiednie rozpoznanie stanów psychicznych i mentalnych świadka jest niezbędnym warunkiem prawidłowej oceny zeznań. Przepis 192 § 2 k.p.k. ma na celu ułatwienie dojścia do prawdy organom procesowym. Podstawą wniosku o przeprowadzenie czynności procesowej określonej w art. 192 § 2 k.p.k. są okoliczności uzasadniające podejrzenie istnienia stanu obniżającego zdolność relacjonowania faktów. Przypuszczenie wątpliwego stanu psychicznego świadka powinno opierać się na doświadczeniu życiowym i wiedzy organów procesowych⁴⁵. Podstawy nie może stanowić przekonanie strony o niezgodności zeznań z rzeczywistością⁴⁶. Uzasadniona wątpliwość stanu psychicznego i mentalnego świadka przeradza się w obowiązek sądu

⁴⁵ T. Gregorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 491.

⁴⁶ OSNKW 1999/1-2/6, Biul. SN 1999, 1, 21; Monitor Prawniczy 1999, 3, nr 734593.

lub prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, do wydania zarządzenia przesłuchania świadka z udziałem biegłego lekarza lub biegłego psychologa. *A contrario* brak rzeczywistych podstaw do stwierdzenia zaburzeń psychicznych świadka eliminuje konieczność powoływania biegłego do udziału w przesłuchaniu⁴⁷. Udział biegłego w przesłuchaniu może być bierny lub czynny, tj. prawo zadawania pytań, a nawet faktyczne kierowanie przesłuchaniem ma na celu określenie osobowości świadka, jego stanu psychicznego i zdolności spostrzegania. Ustaleń tych można dokonać zwłaszcza wówczas, gdy przesłuchujący stwierdza poważne trudności w nawiązaniu kontaktu lub inne nietypowe zachowywanie się świadka albo zauważa dostrzegalne defekty istotnych organów zmysłowych świadka⁴⁸. W żadnym wypadku biegły nie może wydać opinii obejmującej ocenę wiarygodności lub niewiarygodności zeznań. Opinia biegłego powinna zawierać spostrzeżenia i wnioski dotyczące poziomu rozwoju umysłowego i zdolności umysłowych, doświadczenia i wiedzy życiowej, sprawności zmysłów postrzegania, myślenia i odtwarzania zapamiętanych spostrzeżeń oraz podatności na sugestię i skłonności do konfabulowania⁴⁹.

Jednakże stan ograniczający zdolności percepcyjne lub zapamiętywania musi wynikać z choroby i nie jest zależny od świadka. Warto nadmienić, że patogeniza zaburzenia osobowości, pomijając odmienność poglądów przedstawicieli różnych kierunków psychiatrii dynamicznej, wskazuje na uwarunkowania dziedziczne⁵⁰ oraz przyczyny społeczno-kulturowe i ekonomiczne oraz patologię struktury rodzinnej, które są niezależne od jednostki⁵¹. Wszystkie inne wątpliwości co do oceny zgodności zeznań z rzeczywistością niemających źró-

⁴⁷ II AKa 86/2000, OSN, Prokuratura i Prawo, 2001, nr 6, poz. 26.

⁴⁸ III KR 103/74, OSNKW, nr 12, 1974, poz. 231 z dnia 20 września 1974 r.

⁴⁹ Z. Świda (red.), *op. cit.*, s. 329.

⁵⁰ Uwarunkowania dziedziczne osobowości dyssocjalnej przejawiają się w różnych typach uszkodzeń układu nerwowego w okresie płodowym lub okołoporodowym, prowadzące do zmian w ośrodkowym układzie nerwowym. Badania nad osobowością antyspołeczną wykazały nieprawidłowość chromosomów autosomalnych i płciowych (genotyp XYY) oraz wysoki poziom testosteronu, który ma wpływ na skłonność do zachowań agresywnych.

⁵¹ A. Bilikiewicz, *Klasyfikacja...*, s. 345.

dła w stanach chorobowych są poza dyspozycją art. 192 § 2 k.p.k.⁵² Sąd bowiem ma możliwość konfrontacji zeznań świadka z wszelkimi zebranymi dowodami w sprawie. Biorąc pod uwagę ogół przeprowadzonych dowodów, zasady prawidłowego rozumowania, stan wiedzy w danej dziedzinie oraz wskazania płynące z doświadczenia życiowego oceniającego dowody, formułuje się wewnętrzne przekonanie organów postępowania, które znajduje wyraz w decyzji procesowej. Tak prawnie zdefiniowana dyrektywa swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) jest kontrolowana w uzasadnieniu wyroku. Zgodnie z art. 424 § 1 pkt 1 sąd ma obowiązek wskazać, które fakty uznał za udowodnione lub nieudowodnione oraz na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych⁵³.

⁵² V KKN 283/97, OSNKW 1999, nr 1–2, poz. 6.

⁵³ S. Waltoś, *op. cit.*, s. 262–266.

IZABELA DEMBOWSKA

Profilowanie kryminalne sprawczyń seryjnych zabójstw

„Nie da się zaprzeczyć, że wdowy żyją dłużej od swoich mężów”.

Ingrid Steeger

„Nie mogę tracić czasu na codzienne malowanie się. Ten czas jest mi potrzebny na czyszczenie swej broni”.

Henriette Mantel

Wprowadzenie

Tylko człowiek zabija bez biologicznej potrzeby – agresja zwierząt ma na celu usunięcie czynników zagrażających. Od zarania dziejów kobieta jest utożsamiana z obrazem matki, opiekunki domowego ogniska, istoty łagodnej i delikatnej, troskliwie wychowującej swoje potomstwo. Historia wymiaru sprawiedliwości pokazuje jednak, iż kobiety mogą tak jak mężczyźni podejmować działania zbrodnicze dorównujące mężczyznom okrucieństwem, a w swej konsekwencji i wyrachowaniu dalece ich przewyższając. W przeświadczeniu społecznym, natura kobiety kojarzona jest z subtelnością, wrażliwością oraz zdolnością empatii. Kobiety ze swej natury postrzegane są jako jednostki funkcjonujące w większych społecznościach, które dzięki swej emocjonalności i otwartości sprawiają wrażenie osób szlachetnych i szczerych. Łatwo budują relacje międzyludzkie, zdobywając sympatię oraz zaufanie. Przy lekturze dokonań znanych wymiarowi sprawiedliwości seryjnych morderczyń każdy czytelnik zadaje sobie pytanie: Czy kobieta mogła dopuścić się tak okropnych zbrodni?

Warto zwrócić uwagę na to, że powszechne postrzeganie kobiet jako istot obdarzonych większą zdolnością współodczuwania oraz działających z wyższych pobudek nie jest w zupełności błędne. W statystykach publikowanych corocznie przez New York City Police Department wynika, że kobiety odpowiedzialne są za jedynie 15% ogółu przestępstw z użyciem przemocy. Jeżeli jednak kobieta dopuszcza się zbrodni szczególnie brutalnej i krwawej jest piętnowana przez opinię publiczną silniej, niż gdyby dopuścił się tego samego czynu mężczyzna. W powszechnym wyobrażeniu kobieta działająca wbrew własnej naturze jawi się jako potwór pozbawiony uczuć wyższych oraz szczególnego rodzaju przesiąknięty złem wybryk społeczeństwa. Czy jednak na problem kobiet w kontekście najcięższych przestępstw kryminalnych powinniśmy nadal spoglądać jak na zjawisko wyjątkowe będące jedynie incydentalnym i rzadkim odstępstwem od normy? Stawiając pytanie wśród studentów prawa będących naturalnym zasobem przyszłych kadr systemu sprawiedliwości o nazwiska seryjnych morderców takich jak: Ted Bundy, Jeffrey Dahmer, John Wayne Gacy, z reguły po krótkim namyśle można usłyszeć ze szczegółami historię ich przypadków. Niewielu jednak potrafi z porównywalną łatwością wymienić nazwiska kobiet dopuszczających się tak okrutnych zbrodni.

Wstępem do rozważań nad charakterem przestępstw popełnianych przez płęć piękną jest krótka analiza znanych wymiarowi sprawiedliwości kobiet dopuszczających się zbrodni zabójstwa oraz próba odpowiedzi na pytania o najczęstsze przyczyny i sposoby ich działania. Analizując wybrane przypadki seryjnych zabójstw dokonanych przez kobiety, zostanie przedstawiony portret psychologiczny sprawcy zbrodni zabójstwa.

Teorie dotyczące przyczyn agresji można zasadniczo podzielić na cztery grupy: psychologiczne, biologiczne, społeczne i ekonomiczne. Uwarunkowania psychologiczne wskazują na zakorzenione w psychice urazy o charakterze traumy z okresu dzieciństwa. Urazy te rozwijając się w okresie młodzieńczym skutkowały ciężkimi zaburzeniami osobowości w wieku dojrzałym. R. Hale i A. Bolin stwierdzili, że mężczyźni zabijają z przyczyn biologicznych, zwłaszcza hormonalnych. Prawdopodobnie testosteron wpływa na zachowa-

nia agresywne¹. Dlatego mężczyźni przejawiają większe skłonności do agresji i przemocy oraz popełniania przestępstw na tle seksualnym. W przypadku kobiet najczęstszym motywem zabójstw był jednak czynnik finansowy, w dalszej kolejności społeczny (np. przemoc i znęcanie się przez osobę najbliższą) i emocjonalny (np. pragnienie zemsty). Średnio kobiety dokonują zabójstw przez okres ośmiu lat. Oznacza to, że aktywność kryminalna kobiet jest dwa razy dłuższa niż mężczyzn. Wynika to z faktu, iż profilując nieznanego sprawcę zabójstwa, prawdopodobieństwo, że będzie to kobieta jest 2:8, czyli pozostaje poza kręgiem osób podejrzewanych. Przyczyn takiego stanu należy doszukiwać się zorganizowaniu przestępstwa, tj. dokładnym zaplanowaniu zabójstwa, ostrożnym wyborze ofiary, odpowiednim doborze narzędzia zbrodni i wreszcie stereotypowym przekonaniu społeczeństwa o szlachetnej naturze kobiety. Wszystkie te elementy niejednokrotnie skutkują uniknięciem aresztowania przez wiele lat.

B. Hołyst twierdzi, że „stan badań nad problemami odmierności i swoistości charakteru przestępstw popełnianych przez kobiety jest znacznie skromniejszy niż wiedza oparta na badaniach dotyczących przestępczości mężczyzn. Brakuje także dokładnego rozeznania w rozmiarze i częstotliwości przestępstw popełnianych przez kobiety i mężczyzn zwłaszcza w tych sferach, które są dla nauki mniej dostępne”².

Definicja „zabójcy seryjnego” zaproponowana przez T. O'Reilly-Fleming określa sprawcę zabójstw co najmniej trzech nieznanymi osobami na przestrzeni kilku tygodni, a nawet lat, z okresami wyciszenia między kolejnymi czynami zabronionymi. Natomiast zgodnie z definicją FBI seryjny zabójca to sprawca co najmniej czterech zabójstw. Najdokładniejszego określenia podaje E. Hickley, który definiuje seryjne zabójstwo jako pozbawienie życia przynajmniej trzech–czterech osób według pewnego wzorca postępowania (uwzględniającego wybór ofiary, metody i motywy zabójstwa) na przestrzeni dłuższego czasu na określonym obszarze (np. dzielnica, miasto) przez kobietę lub męż-

¹ R. Hale, A. Bolin, *The Female Serial Killer*, [w:] R.M. Holmes, S.T. Holmes (ed.), *Contemporary Perspectives on Serial Murder*, London–New Delhi 1998, s. 36–37.

² B. Hołyst, *Kryminologia*, wyd. X, Warszawa 2009, s. 450 i n.

czynę³. Podejmując próbę zdefiniowania „seryjnego zabójcy”, można przyjąć, iż jest to zabójstwo co najmniej trzech osób według pewnego schematu postępowania przez jednego lub więcej sprawców na określonym terenie na przestrzeni tygodni lub nawet lat przerywanych okresami wyciszenia.

Seryjny zabójca dokonując każdego kolejnego przestępstwa ujawnia swoje patologiczne skłonności w zakresie zaburzeń osobowości, identyfikacji płciowej, zaburzeń zachowania, zachowując w codziennym życiu tzw. maskę normalności (za H. Cleckley i R. Hare), czyli pozorne wrażenie osoby zdrowej, spokojnej, z reguły zdystansowanej w stosunku do otoczenia i z trudem nawiązującej kontakty, ale bardzo rzadko wykazującej skłonność do zachowań gwałtownych i agresywnych. Odróżnia to „seryjnych zabójców” od szalonych i niezrównoważonych psychicznie sprawców, którzy popełniają czyn zabroniony w następstwie choroby psychicznej czy upośledzenia umysłowego. Seryjnego zabójcę wyróżnia motywacja, którą kieruje się przy wyborze ofiary, oraz *modus operandi*. Pierwsza determinanta jest zakorzeniona w psychice seryjnego zabójcy, w przeciwieństwie do sprawcy wielokrotnego zabójstwa dla zysku czy zabójstwa dokonywanego przez terrorystów.

1. Teorie przestępczości kobiet

W ubiegłym stuleciu badacze zjawiska przestępczości kobiet wielokrotnie doszukiwali się przyczyn zachowań przestępczych w różnicach biologicznych czy genetycznych obu płci. Często były poglądy dotyczące hormonalnego lub genetycznego podłoża dziedzicznej skłonności do zachowań przestępczych. Choć dziś nie można zupełnie wykluczyć wpływu układu endokrynologicznego na funkcjonowanie osobnicze człowieka, to jednak teorie te nie dały się bronić w świetle konstruktywnej krytyki naukowców ze świata medycyny, kryminologii i psychologii, dziś będąc zmarginalizowane do roli dziedzicznych czynników

³ K. Gardoń, *Zabójstwo wielokrotne. Profilowanie kryminalne*, Warszawa 2010, s. 38–40.

sprzyjających powstawaniu patologii społecznej. B Hołyst przytacza pogląd, w którym odpowiedzialne za niższą przestępczość kobiet mogą być hormony płciowe, z „których dwa są nośnikami skłonności dziedzicznych. Tylko u mężczyzn występują dwa rodzaje chromosomów »X« i »Y«. Ten ostatni jest najważniejszym czynnikiem decydującym o męskości, sprawności i często przestępstwie”⁴.

Podejście to w swym groteskowym uproszczeniu zakłada, że skłonność do przestępstwa zapisana jest w jakiś tajemny sposób w treści chromosomu Y niezbędnego do ekspresji męskich cech płciowych. Niestety od lat 60. zeszłego wieku wiedza medyczna doprowadziła już do całkowitego odczytania treści genomu człowieka, nie znajdując choćby najmniejszych przesłanek, by uznać takie twierdzenie za prawdziwe. Podobnie rzecz się ma z poglądami wiążącymi przestępczość kobiet (zwłaszcza w sferze zachowań gwałtownych) z biologicznymi uwarunkowaniami stanu fizjologicznego organizmu kobiety, a nawet napięciem seksualnym. Hołyst wspomina o „popełnianiu przez kobiety przestępstw w szczególnych sytuacjach, np. w czasie menstruacji, ciąży, karmienia piersią itp.”⁵ – kolejne wyliczenia mogłyby jedynie bardziej skompromitować kryminologiczną teorię biologicznego uwarunkowania przestępczości kobiet. Warto jedynie wspomnieć, że wśród wszystkich przeprowadzonych dotychczas badań w sferze medycznej można jednoznacznie wskazać tylko jeden hormon, który nasila zachowania agresywne oraz może mieć wpływ na przestępcze poczynania człowieka. Mowa oczywiście o testosteronie, który w znacznie większym stężeniu obecny jest w organizmie mężczyzn niż kobiet. Odpowiedzialny jest on nie tylko za rozwój drugorzędowych cech płciowych u mężczyzn, lecz także za pewne cechy osobowości uspasabiające do zachowań gwałtownych i agresywnych. Pomimo obecności nieznacznych ilości owego hormonu w organizmie kobiet nie ma absolutnie żadnych dowodów jego choćby znikomego wpływu na zachowania przestępcze, w tym morderstwa.

Teoria socjologiczno-ekonomiczna jest jedną z najpoważniejszych hipotez wyjaśniających aktualnie zachowania kryminogenne zarówno

⁴ B. Hołyst, *op. cit.*, s. 450 i n.

⁵ *Ibidem.*

u kobiet, jak i mężczyzn. Niestety pewne są w niej tylko dwie rzeczy: pierwsza to, że zarówno u kobiet, jak i u mężczyzn wpływ czynników takich jak środowisko, grupy społeczne, poziom wykształcenia oraz sytuacja ekonomiczna warunkuje zachowania obu płci w zupełnie odmienny sposób; druga wyraża przekonanie, że czynnik socjologiczno-ekonomiczny nie jest jedynym, jaki determinuje zachowania przestępcze⁶. Oczywistym przykładem, że odrębność charakterologiczna może odróżniać zachowanie dwóch osób znajdujących się w identycznej sytuacji socjo-ekonomicznej, jest historia Aileen Wuornos i Tyri Moore. Obie kobiety choć przez znaczną część swego życia znajdowały się w identycznym położeniu, jako kochanki potrafiły znajdować płaszczyznę porozumienia i współdziałania, jednak w sferze działalności przestępczej Tyri Moore nie przejawiała tak znacznych skłonności kryminalnych jak jej prostytutująca się od wieku nastoletniego, wielokrotnie karana przyszła morderczyni siedmiu osób. W trakcie rozprawy sama Aileen zeznawała (w bardzo niejasny sposób), że Tyri nie miała z popełnionymi przez nią zabójstwami nic wspólnego. Choć jej partnerka domyślała się przestępczej działalności swej kochanki i w pewien sposób ją akceptowała, to jednak wyraźnie odcinała się od działania we współdziałaniu z Aileen, zeznając później, że „nie chciała słyszeć ani wiedzieć o kolejnych morderstwach, gdyż skłaniałoby ją to do koniczności doniesienia na Aileen policji”. Różnice w zachowaniach obu kobiet można dostrzec już we wcześniejszym okresie ich życia, w którym pomimo podobnej sytuacji życiowej oraz bardzo trudnych warunków ekonomicznych jedna z nich trudniła się legalną pracą kelnerki w barze (Tyri), druga zaś pozostając w stałym, choć bardzo specyficznym, lesbijskim związku partnerskim, prostytutowała się zdobywając środki do życia⁷.

Socjologiczno-ekonomiczna teoria przestępczości kobiet zakłada w większości wypadków, że przyczyną, dla której kobieta dopuszcza się zbrodni, jest zepchnięcie jej przez społeczeństwo na margines oraz odebranie szans rozwoju i awansu społecznego. Zdarzają się jednak

⁶ K. Biel, *Przestępczość dziewcząt. Rodzaje i uwarunkowania*, Kraków 2009, s. 124–128.

⁷ S. Klein, *Największe zbrodniarki w historii*, Warszawa 2006, s. 155–166.

i takie teorie, które wyjaśniają kryminogenne zachowania jako metodę obrony kobiet przed patriarchalną, męską dominacją. D. Klein w *The Etiology of Female Crime* stawia tezę „podwójnego nacisku społecznego”, którą wyjaśnia w następujący sposób: mężczyźni, aby utrzymać hierarchię władzy, prymat w aparacie państwowym i organach sprawiedliwości, postanowili uznać kobiety i dziewczęta za kryminalnie podatne⁸. Te kobiety, które nie chcą przyjąć roli poddanej wyznaczonej im przez mężczyzn, ponieważ nie czują się w niej jak osoby, lecz przedmioty, zabawki, instrumenty, są bardziej podatne na popełnienie czynów przestępnych⁹.

Podobne hipotezy w ramach socjologicznych teorii przestępczości stanowią ideologiczną podbudowę współczesnych radykalnych ruchów feministycznych i nawet dziś niejednokrotnie można je spotkać w ogniu debaty publicznej. Brakuje im jednak jakiegokolwiek rzetelnego argumentu, by móc uznać je za naukowe uzasadnienie roli, a przede wszystkim winy, jaką społeczeństwo (przede wszystkim męska jego część) odgrywa w kreowaniu zjawiska przestępczości wśród kobiet. Na przykładzie seryjnych zabójczyń można znaleźć liczne przypadki obalające to stanowisko. Bella Guinness i jej historia jest ciekawym studium przypadku osoby, która w sferze ról społecznych, jakie były „podyktowane wolą mężczyzn”, spełniała się doskonale. Jako matka oraz opiekunka domowego ogniska, osoba o cechach altruisty i filantropa (liczne epizody wspierania sierocińców znacznymi kwotami pieniędzy) całkowicie zgodnie przyjęła rolę, do jakiej usposobiło ją patriarchalne społeczeństwo, i realizowała się w niej jako wzór troski i ciepła dla swych podopiecznych. Jej zbrodnicze skłonności dotyczyły jedynie mężczyzn i podyktowane były przede wszystkim pragnieniem zysku. Trudno zakładać, w myśl feministycznej hipotezy, że zbrodnie były formą zemsty za rolę, jaką społeczeństwo kierowane przez mężczyzn wyznaczyło Guinness, gdyż to właśnie ta rola była jedyną, jaką owa dama wypełniała w pełni gorliwie i w satysfakcjonując dla siebie sposób. Oceniając jej życie-

⁸ D. Klein, *The Etiology of Female Crime*, [w:] J. Muncie, E. McLaughlin, M. Langan (edd.) *Criminological Perspectives*, London 1996.

⁹ M.A. Bertnard, *Self Image and Delinquency. A Contribution to the Study of Female Criminality*, Acta Criminologica, vol. 2, nr 1, 1969, a. 71–144.

rys, wnioskować by można, że w swej roli była niezwykle szczęśliwa, a przyczyn wrogości wobec mężczyzn, lub też pragmatycznego do nich „podejścia” należy upatrywać raczej w psychologicznym modelu sprawcy. Jak na ironię warto zaznaczyć, że w przypadku Guinness, choć sytuacja ekonomiczna niewątpliwie była czynnikiem wpływającym na jej zachowanie, jednak nie była spowodowana sposobem traktowania jej przez mężczyzn. Co więcej, to właśnie owa wiecznie poszukująca męża wdowa morderczyni traktowała swych niedoszłych narzeczonych przedmiotowo z wyrachowaniem i premedytacją, odmawiając im prawa do życia i jednocześnie stając się doskonałym dowodem wadliwości feministycznych twierdzeń.

Teoria psychologiczna zachowań przestępczych kobiet wydaje się w świetle aktualnej wiedzy dziś najbardziej wiarygodną i godną głębszej analizy. Szczególną jej wagę widać właśnie na przykładach znanych wymiarowi sprawiedliwości sprawczyń najcięższych przestępstw. O ile zaburzenia osobowości – które są głównym źródłem zachowań kryminogennych w tym modelu – mają raczej znikomy wpływ na przestępstwa pospolite, takie jak kradzieże, napady czy rozboje, o tyle ich rola w morderstwach wydaje się nie do przecenienia. Poczynając od wspomnianej Aileen Wuornos, przez Mary Ann Cotton i Bellę Guinness, aż po Karłę Homolka’ę każda prezentowała znaczne zaburzenia w zakresie konstrukcji osobowości. W psychologicznej teorii przestępczości kobiet znaczną rolę odgrywają poszczególne zaburzenia osobowości opisywane przez psychologów oraz ich manifestacje w życiu osobniczym sprawczyń. Niestety modele psychologiczne z podziałem zaburzeń osobowości na typy: dyssocjalny, histrioniczny, narcystyczny itd. nie zupełnie odpowiadają konstrukcji psychicznej kobiet¹⁰. Dlatego właśnie wielu autorów proponuje własne rodzaje kwalifikacji oraz systematyki zachowań potencjalnych lub wykrytych sprawczyń, wskazując jako główne osie podziału nie tylko rodzaj osobowości, ale przede wszystkim motywację, sposób działania sprawczyń i ich metody. Choć typologie tego typu nie mają bezpośredniego zastosowania w psychologii czy psychiatrii, to jednak ich użyteczność w kryminologii może okazać się znacznie większa. Wśród zapropono-

¹⁰ K. Biel, *op. cit.*, s. 117–123.

wanych dotychczas sposobów systematyki kobiet dopuszczających się seryjnych zabójstw największą popularnością cieszy się model zaproponowany przez C. Kellehera.

2. Typologia kryminologiczna zabójstwa seryjnego

Zjawisko seryjnego zabójstwa jest badane przez wielu kryminologów, którzy w swoich badaniach dokonali klasyfikacji sprawców ze względu na motywy dokonywanych czynów zabronionych. Takiej klasyfikacji dokonali Holmes i De Burger (rozwinęli R. i S. Holmes), którzy wyodrębnili sprawców seryjnych zabójstw na podstawie kryterium motywu zbrodni i cech ofiary, tj. wizjonerów (zabójstwa związane z zespołami psychotycznymi omamowymi lub urojeniowymi, a ofiary są wybierane ze względu na szczególne cechy), misjonarzy (zabójstwa dokonywane na wybranej grupie ludzi np. prostytutki), hedonistów, w tym zabójców z lubieżności (zabójstwa dokonywane w celu osiągnięcia zaspokojenia seksualnego), zabójców zorientowanych na emocje (zabójstwa w celu osiągnięcia podniecenia, związanego z nowym doświadczeniem), zabójców zorientowanych na komfort (zabójstwa ze względu na osiągnięcie korzyści majątkowych lub psychologicznych), zabójców ukierunkowanych na całkowitą dominację (zabójstwo w celu osiągnięcia kontroli, władzy i dominacji nad ofiarą)¹¹. Skróceniowo przedstawiona klasyfikacja według Holmes może być adoptowana na grunt typowania seryjnych zabójczyń, jednakże bardziej odpowiedniego podziału dokonał C. Kelleher. Klasyfikacja sprawczyń seryjnych zabójstw różnicuje zabójczynie ze względu na motyw zbrodni oraz cechy ofiary. Wyróżnia się dwie grupy: zabójczyń działających indywidualnie, tj. czarną wdowę, anioła śmierci, modliszkę, mścicielkę, morderczynie dla korzyści oraz zabójczynie działającą we współudziale, tj. zabójczynie zespołową, niezrównoważoną psychicznie i niewytłumaczalną¹².

¹¹ K. Gardoń, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 43–44.

¹² C. Kelleher, *Murder Most Rare: The Female Serial Killer*, Westport 1998, s. 6–8.

Zabójczyni działająca indywidualnie

a) Czarna wdowa (*Black Widow*)

Kobieta, która systematycznie zabija swoich małżonków, współpracowników lub innych członków rodziny. Zwykle zaczyna przestępczą karierę po przekroczeniu 25 lat i rozpoczyna trwający mniej więcej dekadę cykl, regularnych zabójstw najbliższych jej osób: małżonków, partnerów i członków rodziny. Wybór ofiar jest nieprzypadkowy, gdyż zawsze sprawczynie łączą szczególnie bliskie stosunki osobiste z ofiarą. Aktywność kryminalna zabójczyń to przestrzeń 10–15 lat, w którym zabija około 6–8 ofiar. Sprawczynie przeważnie dokonują zabójstw za pomocą trucizny, imitują w ten sposób naturalny zgon ofiary. Głównym motywem zbrodni jest chęć przejęcia majątku lub pieniędzy z ubezpieczenia po zmarłym. Czarne wdowy są inteligentne, dobrze zorganizowane i cierpliwe, mają skłonności do manipulacji. Ze względu na szczegółowe i skrupulatne zaplanowanie każdej zbrodni, jej czyny wychodzą na światło dzienne po wielu latach. Czarna wdowa rzadko bywa w kręgu osób podejrzanych, dopóki znacząco nie wzrośnie liczba zgonów w jej otoczeniu¹³.

Jednym z lepszych przykładów tego typu zabójczyń jest Mary Ann Cotton oskarżona o zamordowanie czterech swoich mężów i trzykrotnie większej liczby dzieci. Kobieta urodziła się w październiku 1832 r. w małej miejscowości w Low Moorsley w hrabstwie Durham. Jej młodzi rodzice Michael i Margaret Robsonowie ciężko pracowali na utrzymanie rodziny. Tragedia rozpoczęła się, gdy Mary Ann miała osiem lat, kiedy to ojciec zmarł w wyniku wypadku w kopalni. W wiktoriańskiej Anglii życie wdowy z dziećmi było niezmiernie trudne, jednakże los rodziny szybko się odmienił, gdy tylko matka Mary Ann wyszła powtórnie za mąż. Stosunki z ojczymem nie były najlepsze, więc dziewczyna w wieku 16 lat postanowiła opuścić dom rodzinny. Przez kolejne trzy lata pracowała jako służąca w South Hetton. W wieku 20 lat wyszła za mąż za Williama Mowbraya, który utrzymywał rodzinę z pracy dorywczej z dala od domu. W tym czasie Mary Ann urodziła pięcioro dzieci, niemal jedno po drugim, z czego czworo z nich umar-

¹³ *Ibidem*, s. 19.

ło kilka dni po porodzie, a przyczynę śmierci podano ostre zapalenie żołądka. Jednakże w XIX-wiecznej Anglii śmiertelność noworodków nie była zjawiskiem nadzwyczajnym i dlatego nie wzbudzało reakcji opinii publicznej. Na skutek wypadku, w którym William został ranny w nogę, powrócił do domu na leczenie. W niedługim czasie zaczęły go nękać dolegliwości żołądka i po kilku dniach zmarł. Wdowa po odebraniu pieniędzy z polisy ubezpieczeniowej małżonka przeprowadziła się do Seaham Harbour, gdzie podjęła prace w charakterze pielęgniarki. W szpitalu poznała pacjenta George'a Warda, który wkrótce został mężem Mary Ann. W październiku 1866 r. zmarł George z powodu ostrych dolegliwości żołądkowo-jelitowych. Szczęśliwym trafem dla Mary Ann, zmarły małżonek pozostawił testament, w którym zapisał cały swój majątek żonie. Po kolejnej przeprowadzce do Sunderland poznała brygadzystę stoczni, Jamesa Robinsona, u którego rozpoczęła pracę w charakterze gospodyni domowej. Już kilka dni po zatrudnieniu Mary Ann zmarło najmłodsze, dziesięciomiesięczne dziecko Jamesa. Bezpośrednią przyczyną śmierci dziecka było ostre zapalenie żołądka. Pograżony w żałobie ojciec znalazł pocieszenie u gospodyni. W 1867 r. zachorowała matka Mary Ann. Troskliwa córka postanowiła się zaopiekować matką. Nieszczęśliwym zbiegiem okoliczności kilka dni po przyjeździe matka zmarła z powodu zapalenia żołądka. Tego samego roku Mary Ann doprowadziła do ślubu z Jamesem. Prowadząc rachunkowość budżetu domowego mąż wkrótce odkrył długi, które żona zaciągnęła zastawiając wartościowe przedmioty. Mary Ann żądała od męża co raz większych kwot, a nawet nalegała, aby ten wykupił polisę na życie. Szczęście nowożeńców nie trwało długo, gdyż troje dzieci Jamesa z poprzedniego małżeństwa zmarło na skutek dolegliwości żołądkowo-jelitowych. Po tym tragicznym zdarzeniu James Robinson wyrzucił Mary Ann z domu i uratował swoje życie. Mary Ann kolejny raz musiała zmienić miejsce zamieszkania.

Przeprowadziła się do Walbottle, gdzie przyjaciółka zapoznała ją z bratem Friderickiem Cottonem, który również był wdowcem z dwójką synów. Niedługo po przyjeździe zmarła przyjaciółka na skutek zapalenia żołądka. Zrozpaczony Friderick znalazł pocieszenie u Mary Ann, z którą wziął ślub w 1870 r. i ta zaszła w ciążę. Komentarzu wymaga status prawny Mary Ann. Kobieta dopuściła się bigamii,

gdyż zawarła małżeństwo z Cottonem, mimo że pozostała w związku małżeńskim z Robinsonem. Cała rodzina przeprowadziła się do West Auckland, gdyż sąsiedzi podejrzewali, że Mary Ann zabija ich zwierzęta domowe. Szczęście rodzinne nie trwało zbyt długo, już w tydzień po przeprowadzce najpierw zmarł mąż Mary Ann, Friderick, później w 1872 r. Friderick Junior i Robert Robson, syn Mary Ann. Bezpośrednią przyczyną wszystkich zgonów były jak poprzednio dolegliwości żołądkowo-jelitowe. Ostatniego syna Charlesa Cottona chciała oddać do przytułku. Jednak kierownik ośrodka odmówił przyjęcia chłopaka, na co Mary Ann odpowiedziała przewidująco: „Mogłabym wyjść za mąż, gdyby nie to dziecko. A tak on długo nie pożyje, bo spotka go to samo co resztę Cottonów”¹⁴. Wkrótce po tym wydarzeniu Charles Cotton zmarł z powodu zapalenia żołądka. Ostatnie zgony w rodzinie Cottonów zwróciły uwagę lekarzy i policji. Rozwój kryminalistyki w połowie XIX w. umożliwił wykrycie szkodliwych dla życia substancji w organizmie człowieka. Toksykolog sądowy przeprowadził badania na obecność arszeniku u Charlesa, które dały wynik pozytywny. Wobec podejrzania przestępstwa spowodowania śmierci zarządzono ekshumację osób najbliższych Mary Ann. Wyniki badań toksykologicznych potwierdziły podejrzania. Wykorzystany przez Mary Ann arszenik był powszechnie dostępny (sprzedaż osobom powyżej 20 roku życia) w aptekach lub sklepach chemicznych. Substancja jest bezwonna, bezbarwna wykorzystywana w gospodarstwach domowych jako trutka na szczury. Zatrucie arszenikiem przypomina objawami (nudności, biegunka, bóle żołądka, wymioty) wiele innych chorób. Pomimo że Mary Ann nigdy nie przyznała się do zarzucanych jej czynów (nie jest znana też dokładna ilość ofiar), ale obciążające ją zeznania świadków usunęły wątpliwości. Mary Ann Cotton została uznana za winną zarzucanych czynów i skazana na śmierć przez powieszenie. Wyrok wykonano 24 marca 1873 r. w więzieniu Durham.

Nasuwa się pytanie: jak ta kobieta mogła dopuścić się tylu zbrodni? Z drugiej strony czemu nie wzbudziło podejrzeń śmierć tylu osób z powodu dolegliwości żołądkowo-jelitowych? Prawdopodobną przy-

¹⁴ B. O'Donnell, *Mary Ann Cotton-Britain's Mass Murderess*, [w:] *idem, Should Women Hang?*, London 1956.

czyną seryjnych zabójstw dokonanych przez Mary Ann była trauma biedy z dzieciństwa, która odcisnęła swoje piętno na dalszym życiu. Żądza i pragnienie zdobywania pieniędzy pchnęły ją do morderstw członków własnej rodziny, osób najbliższych¹⁵.

b) Anioł Śmierci (*Angel of Death*)

Jest to typ morderczynie, która zabija osoby znajdujące się pod jej opieką. W opisie zachowań oraz motywacji może lądząco przypominać zachowania seryjnych morderców, np. Ted Bundy – zabójca seryjny ukierunkowany na dominację według typologii R. i S. Holmes). Charakterystyczną dla obu tych grup jest chęć sprawowania całkowitej władzy nad ofiarą. Kontrola i dominacja przejawia się możliwością decydowania o życiu lub śmierci ofiary. W przeciwieństwie do kobiet seryjni zabójcy starannie wybierają nieznaną im ofiary. Kobiety Anioły Śmierci dokonują zabójstwa na osobach powierzonych pod jej opiekę, najbliższych członkach rodziny – z najbliższego otoczenia. Zbrodnie są dokonywane w miejscach pracy, np. domach opieki, szpitalach, placówkach opiekuńczych, a ofiarami padają pacjenci, pensjonariusze czy wychowankowie¹⁶.

Przykładem takiej osoby była Genene Jones. Ta 27-letnia pielęgniarka ze szpitala w Teksasie. W 1984 r. została skazana na dożywocie w San Antonio w Teksasie za zabójstwa 11 niemowląt. Była podejrzana o zamordowanie 46 osób, będąc bowiem zatrudniona w wielu szpitalach i klinikach na terenie Teksasu. *Modus operandi* sprawczynie zabójstw polegał na wywoływaniu chorobowych objawów poprzez wstrzyknięcie chlorku suksametonium niemowlakom pozostających pod jej opieką. Substancja ta działając jak heroina wywoływała patologiczne objawy, a Jones w cudowny sposób odratowywała dzieci od śmierci. Co ciekawe, pielęgniarka dokonywała dalej swoich zbrodniczych czynów, nawet gdy toczyło się wobec niej śledztwo, a ona była zawieszona w czynnościach służbowych¹⁷.

¹⁵ S. Klein, *op. cit.*, s. 106–115.

¹⁶ C. Kelleher, *op. cit.*, s. 59.

¹⁷ *Ibidem*, s. 59 i n.

c) Modliszka (*Sexual Predator*)

Modliszka jest jedynym typem zabójczynie działającej na tle seksualnym. Głównym motywem zbrodni jest zaspokojenie seksualne związane z zabójstwem ofiary – w przeciwieństwie do mężczyzn, w wypadku których zabójstwo jest jedynie działaniem wtórnym wobec zgwałcenia. Nazwa tego typu sprawczyń seryjnych zabójstw pochodzi od owada – modliszki, która po odbyciu aktu płciowego zawsze uśmierca swojego partnera. Charakterystyka zabójczynie typu modliszka obejmuje kobietę po 30. roku życia, która z łatwością pokonuje odległości w celu poszukiwania ofiary. Aktywność kryminalna obejmuje około sześciu zabójstw na przestrzeni trzech lat¹⁸. Literatura przedmiotu wskazuje Aileen Wuornos jako typowy przykład modliszki. Próba klasyfikacji przypadku Wuornos wymaga głębszej analizy. Z jednej strony *modus operandi* zabójczynie uzasadnia umieszczenie jej w kategorii modliszka, jednakże nieodzowny jest motyw zbrodni – zemsta (charakterystyczny dla typu mścicielki) oraz zdobywanie korzyści majątkowych (typ zabójczynie dla korzyści), ponadto cała jej aktywność kryminalna podyktowana jest zaburzeniami osobowości, nadużywaniem alkoholu i substancji psychoaktywnych, a także uwarunkowaniem genetycznym (typ zabójczynie o wątpliwej równowadze psychicznej).

Niewątpliwie czynnik genetyczny, a także późniejsze wydarzenia w okresie dojrzewania i wpływ najbliższego otoczenia przyczyniły się bardziej niż w jakimkolwiek innym przypadku do kryminalnej aktywności seryjnej zabójczynie¹⁹. Aileen rozpoczęła przestępczą działalność

¹⁸ *Ibidem*, s. 73.

¹⁹ Leo Pitman, ojciec Aileen, miał zdiagnozowaną schizofrenię paranoidalną (ryzyko zachorowania dzieci, których jeden rodzic cierpiał na tę chorobę psychiczną, wynosi od 8 do 18%). Został aresztowany pod zarzutem molestowania nieletniego chłopca, w następstwie skazany za pedofilię. Odbywając karę pozbawienia wolności popełnił samobójstwo. Diane Pitman urodziła Aileen w wieku 17 lat, a wcześniej syna. Nie radząc sobie z opieką i wychowaniem dwójki dzieci, zostawiła je swoim rodzicom i wyjechała. Lauri Wuornos, dziadek Aileen, nadużywał alkoholu, co prowadziło do brutalnych pobić żony i dzieci. Britta, babcia Aileen, również nie stroniła od alkoholu, co powodowało niedożywienie dzieci. Aileen w wieku 13 lat zaszła w ciążę w wyniku zgwałcenia przez przyjaciela domu. Została umieszczona w domu samotnych matek, do momentu urodzenia dziecka – chłopczyka oddanego do adopcji. W następnym roku zmarła Britta, jako bezpośrednią przyczynę zgonu podano niewydolność wątroby spowodowaną

po unieważnieniu małżeństwa z Lewisem Fellem. Załączki skłonności przestępnych ujawniły się przed 13. rokiem życia, gdy Aileen oferowała obcowanie płciowe w zamian za jedzenie, jednakże związek z dojrzałym mężczyzną mógł ją uchronić od stoczenia się na margines.

Na skutek śmiertelnych zejść osób najbliższych Aileen wyjechała na Florydę, gdzie poznała zamożnego Lewisa Fella. Pomimo dużej różnicy wieku wzięli ślub. Małżeństwo nie trwało jednak długo. Sąd wydał zakaz zbliżania się do Lewisa i unieważnił małżeństwo z powodu gwałtownego i agresywnego zachowania Aileen. Kobieta powróciła do prostytucji, alkoholu i narkotyków, została kilkakrotnie aresztowana i skazana na karę pozbawienia wolności (za różne czyny zabronione: od fałszerstwa dokumentów do napadu na bank przy użyciu broni palnej). Po odbyciu kary Aileen poznała Tyrię Moore. Znajomość przerodziła się w związek. Aileen zabroniła Tyri pracować, więc sama musiała zarobić na utrzymanie kobiet. Ze względu na długi czas używania alkoholu i narkotyków utraciła swoją aparycję niezbędną w zawodzie prostytutki i była zmuszona znaleźć inną drogę zdobycia pieniędzy. Tak doszło do popełnienia serii zabójstw²⁰.

ciągłym używaniem alkoholu. Aileen i jej brat Keith uciekli z domu rodziny zastępczej: ona trudniła się prostytucją, a on drobną przestępczością, przeznaczając uzyskane pieniądze na narkotyki. W 1976 r. Lauri popełnił samobójstwo (otrął się spalinami samochodowymi), a Keith zmarł na raka krtani.

²⁰ Ofiarą pierwszego zabójstwa dokonanego przez Aileen był Richard Mallory. Bezpośrednią przyczyną śmierci był trzykrotny strzał w klatkę piersiową z broni palnej kaliber 7,65 mm. Mallory był małym przedsiębiorcą, który miał wielu wrogów. Nie stronił od alkoholu i barów. Ukradła karty kredytowe, aparat fotograficzny, antyradar i odjechała jego samochodem. Drugą ofiarą Aileen był robotnik budowlany David Spears, który chciał podwieźć autostopowiczkę. Nagie ciało Spearsa z sześcioma ranami postrzałowymi z broni kaliber 7,65 mm znaleziono niedaleko Tampy. W przeciągu kilku miesięcy zabiła pięciu mężczyzn. 6 czerwca 1990 r. odnaleziono zwłoki trzeciej ofiary – Charlesa Carskaddona – w okolicach Tampy. Charles zabrał autostopowiczkę do samochodu, gdy właśnie jechał na spotkanie z narzeczoną. Z niewiadomych przyczyn (prawdopodobnie w zamiarze odbycia stosunku płciowego) pojazd zatrzymał się i wtedy Aileen wystrzeliła do Charlesa dziewięć razy i ukradła pieniądze, biżuterię oraz pistolet automatyczny kaliber 11,43 mm. Czwartą ofiarą był misjonarz Peter Siems, który w drodze do krewnych zabrał autostopowiczkę i zaginął dnia 7 lipca 1990 r. Jak zeznała Aileen, oddała strzały w kierunku misjonarza tuż po wejściu do samochodu. Zwłok do tej pory nie odnaleziono. W dniu 30 lipca 1990 r. zamordowany został Eu-

d) Mścicielka (*Revenge*)

Jest to typ zabójczynie działającej z pobudek emocjonalnych, co nie wyłącza możliwości dokładnego i skrupulatnego planowania zbrodni. Z reguły pierwsze zabójstwo następuje w odwecie za krzywdę doznaną z rąk ofiary. Kolejne zabójstwa, jeśli nie mają bezpośredniego związku z krzywdą, motywowane są ciągiem kolejnych ofiar, niezwiązanych z osobą, od której sprawczyni ucierpiała, np. zemsta może objąć kolejne zabójstwa, przypadkowych afroamerykaninów, ponieważ obecna sprawczyni ucierpiała na skutek dopuszczenia się przez afroamerykanina gwałtu. Mścicielka rozpoczyna swoją kryminalną karierę średnio w wieku 22 lat i jej działalność obejmuje dokonanie około czterech zabójstw na przestrzeni dwóch lat²¹.

Jednym z najciekawszych przypadków sprawczyń seryjnych zabójstw w odwecie jest Martha Ann Johnson. 22-letnia kobieta o wadze 113 kg mieszkała z czwórką małych dzieci w Georgii. Po każdej kłótni z mężem dusiła jedno z dzieci z pomocą własnego ciała, kiedy ono spało. Twierdziła, że dzieci umierają z powodu zespołu nagłej śmierci łóżeczkowej (SIDS). Jednak takie wyjaśnienia nie przekonały sądu i w 1990 r. została skazana na karę śmierci²².

e) Zabójczynie dla korzyści (*For Profit or Crime*)

Zabójczynie dla korzyści to typ sprawczyni, która w swym działaniu kieruje się jedynie zachętą zdobycia korzyści finansowych. Doskonałym przykładem takiej osoby jest wspomniana Bella Gunness, która

gene Troy Burress. Dostawca mięsa zabrał Aileen do furgonetki w drodze do Daytony. Jego rozkładające zwłoki znaleźli turyści w Parku Narodowym Ocala. Bezpośrednią przyczyną zgonu był postrzał w klatkę piersiową. Szóstą ofiarą był Charles „Dick” Humphreys. Były komendant policji zaproponował Aileen podwiezienie. W jego głowie znaleziono siedem kul i jedną wyciągnięto z klatki piersiowej. Zgodnie z dotychczasowym wzorcem postępowania Aileen ukradła pieniądze i samochód. Ostatnią ofiarą był kierowca ciężarówki Walter Jenio Antonio. W celu odbycia stosunku płciowego Antonio pojechał w zaciszne miejsce, gdzie Aileen miała możliwość oddać trzy strzały w plecy i jeden w głowę. W dniu śmierci, razem z Aileen spożywali alkohol w cadillacu i postanowili odbyć stosunek płciowy w lesie w pobliżu Daytona Beach. Aileen miała inny plan: po oddaniu strzałów porzuciła ciało w lesie, zabrała pieniądze.

²¹ C. Kelleher, *op. cit.*, s. 85.

²² *Ibidem*, s. 85 i n.

mimo dokonania wielu przemyślanych i zaplanowanych zabójstw na swych niedoszłych narzeczonych nigdy nie została złapana ani ukarana. Jej zbrodnie wyszły na jaw niemal przypadkiem w trakcie przeszukania farmy po jej tajemniczej śmierci. W przypadku tego typu sprawczyń zabójstwa dotyczą osób, które ufają swojemu oprawcy, a więc są to osoby nastawione życzliwie i z reguły znajome (bardzo często członkowie najbliższej rodziny). Korzyści finansowe, jakie czerpie sprawczyni z mordu, rzadko opierają się (tak jak w przypadku Gunness) na rabunku. Z reguły są to korzyści płynące ze spadku, darowizny lub też odszkodowania z tytułu polisy ubezpieczeniowej zmarłego. Kryminalna kariera rozpoczyna się średnio między 25 a 30 rokiem życia zabójczyni i może obejmować od 10 do 25 ofiar (w zależności od chciwości sprawczyni) na przestrzeni nawet 10 lat²³.

Zabójczyni ze współnikami

a) Zabójczyni zespołowa (*Team Killers*)

Pod pojęciem zabójczyni zespołowej należy rozumieć kobietę, która wielokrotnie dokonuje zabójstwa innych osób lub bierze udział w popełnianiu tego czynu. W zakresie podmiotowym również mieści się kobieta, która osobiście nie zabija innych ludzi, ale bierze udział w czynnościach zmierzających do pozbawienia życia ofiary lub zatarcia śladów przestępstwa razem w innymi członkami zespołu. Istnieje większe prawdopodobieństwo dokonania seryjnego zabójstwa przez kobietę we współdziałaniu niż indywidualnie. Szacuje się, że około 30% wszystkich seryjnych zabójczyń działało tylko jako członek zespołu i nigdy nie dokonało zabójstwa, ale podejmowało czynność związanych z popełnieniem zbrodni. Kelleher wyróżnił trzy podtypy zabójców zespołowych: zespół kobiety i mężczyzny, kobiece zespoły oraz rodzinne zespoły. Charakterystyka każdego zespołu jest określana przez pryzmat indywidualnych działań dominującego członka zespołu, liczbę członków, dobór płciowy oraz pokrewieństwo członków zespołu. W przypadku zespołu kobiet i mężczyzn aktywność kryminalna kobiet rozpoczyna się w wieku około 20 lat i trwa do dwóch lat. Wszystkie

²³ *Ibidem*, s. 93.

związki kobiece były aktywne przez okres 2–4 lat, a członkinie miały około 25 lat. Natomiast, najkrótszym okresem kryminalnej aktywności – do jednego roku – odznaczały się rodzinne zespoły seryjnych zabójców. Wszystkie trzy zespoły wykorzystywały różnorodne metody i narzędzia zbrodni, a przeciętna liczba ofiar to 9–15²⁴.

Zakres zaangażowania kobiety w zabójstwo jest różny, poczynając jedynie od wyboru ofiary lub obserwowania działania partnera, aż po czynny udział w zabójstwie i bezpośrednie przyczynienie się do śmierci ofiary. Najczęściej morderstwa w tym typie popełnianie są wspólnie z drugą osobą, choć czasem morderczyni jest członkiem większej grupy. Przestępstwa te z reguły mają charakter seksualny lub stanowią działania dla zysku. W ciągu ostatnich 50 lat najgłośniejszym przykładem morderczyni zespołowej działającej na tle seksualnym była Karla Homolka, uzależniona patologicznie od dewiacyjnych upodobań swojego męża Paula²⁵.

Siedemnastoletnia Karla Homolka poznała swojego przyszłego męża w podróży do Toronto w 1987 r. Od pierwszego wejrzenia zakochała się w młodym studencie ekonomii Paulu Bernardo. Rodzice oraz dwie siostry: Lori i Tammy byli zafascynowani chłopakiem Karli. W niedługim czasie zaręczyli się i wyznaczyli datę ślubu na czerwiec 1991 r. Latem 1990 r. Paul dostał wezwanie na policję w celu pobrania próbki DNA w związku z toczącym się śledztwem w sprawie brutalnych zgwałceń w jego rodzinnym mieście Scarborough. W tym samym czasie oświadczył Karli, iż chciałby uprawiać stosunki seksualne również z innymi kobietami. Namówił narzeczoną do przyniesienia z pracy (klinika dla zwierząt Martindale) środków nasennych i uspokajających. Po wieczery wigilijnej w rodzinnym domu Karli Paul przekonał narzeczoną, aby dosypała substancje nasenne do napoju swojej siostry Tammy, co miało w następstwie prowadzić do odbycia stosunku płciowego z nieletnią. Karla chcąc zadowolić mężczyznę wykonała polecenie i odurzyła siostrę lekami, a dla pewności, że ta nie odzyska przytomności, przyłożyła do ust Tammy chusteczkę nasączoną halotanem (anestetyk wziewny).

²⁴ *Ibidem*, s. 107 i n.

²⁵ *Ibidem*, s. 107.

Następnie oboje odbyli stosunki płciowe z nieletnią ofiarą, a szczegóły tego przerażającego zdarzenia nagrali na kasetę video. Po zakończeniu obcowania z niewiadomych przyczyn Tammy zaczęła gwałtownie wymiotować i wszelkie próby odratowania dziewczynki zakończyły się niepowodzeniem. Tammy zmarła tej samej nocy w miejskim szpitalu w St. Catharines. Podczas przesłuchania zeznali, że dziewczynka wypijała dużo alkoholu, po czym zaczęła wymiotować, a zmarła w następstwie zakrzuszenia²⁶.

Do następnego morderstwa doszło na dwa tygodnie przez ślubem Karli i Paula – w czerwcu 1991 r. Ofiarą była 15-letnia Leslie Mahaffy, która została uprowadzona i przewieziona do domu narzeczonych w Port Dalhous. Dziewczynka została wielokrotnie zgwałcona przez Paula, molestowana seksualnie przez Karłę, a na koniec uduszona. Ciało Leslie mordercy rozkawałkowali, żeby zatopić je w betonie, a następnie sprawcy wrzucili je do jeziora Gibson. Kilka miesięcy później doszło do kolejnego morderstwa. Piętnastoletnia Kristen Dawn French została uprowadzona z parkingu obok kościoła i przewieziona do domu Karli i Paula. Oprawcy torturowali i gwałcili nieletnią ze szczególnym okrucieństwem (przy użyciu rozmaitych przedmiotów) przez cztery dni. W niedzielę wielkanocną udusili ofiarę i ciało porzucili w gęstych zaroślach w okolicy Burlington. Działalność kryminalna zakończyła się na tym etapie, gdyż Karla odeszła od męża, a Paul był głównym podejrzanym w sprawie brutalnych gwałtów w Scarborough. Po złożeniu obciążających Paula zeznań Karla zawarła ugodę z prokuratorem generalnym. Karla za zabicie dwóch osób (Leslie Mahaffy i Kristen Dawn French) otrzymała wyrok 12 lat pozbawienia wolności z możliwością ubiegania się o przedterminowe zwolnienie warunkowe po odbyciu co najmniej trzech lat. Pozbawieni możliwości ukarania Karli ławnicy orzekli o winie Paula. Został skazany na dożywocie z możliwością ubiegania się o przedterminowe zwolnienie warunkowe nie wcześniej niż po odbyciu 25 lat zasądzonej kary²⁷.

²⁶ S. Klein, *op. cit.*, s. 181–193.

²⁷ *Ibidem*, s. 181–193

b) O wątpliwej równowadze psychicznej**(Question of Sanity) i o nieznanym motywach (Unexplained)**

Ostatnie dwa typy sprawczyń należy opisywać razem, gdyż dla obydwu z nich najczęstszym motywem działania są głębokie zaburzenia psychiczne prowadzące do stanu braku świadomości popełnianych czynów oraz braku wglądu we własny stan psychiczny. Z reguły kobiety popełniają zbrodnie na przypadkowych osobach lub członkach rodziny z nieznanymi pobudek, znajdując się w stanie chwilowej lub trwałej niepoczytalności²⁸. Audrey Hilley jest najlepszym przykładem zabójczyni z nieznanymi motywów, a jednocześnie o wątpliwej równowadze psychicznej.

Audrey Marie Hilley urodziła się w 1933 r. w małym miasteczku Blue Mountain w Północnej Alabamie. Była wychowana w pełnej, kochającej ją rodzinie, która pomimo skromnych warunków bytowych zaspokajała każde potrzeby Audrey. W celu zapewnienia lepszego wykształcenia rodzice z córeczką przenieśli się do większego miasta Anniston. Audrey osiągała bardzo dobre wyniki w nauce, działała w kilku szkolnych klubach, była lubiana przez nauczycieli i koleżanki, nigdy nie sprawiała kłopotów wychowawczych. Jeszcze w liceum poznała Franka Hilleya, z którym wzięła ślub w 1951 r. Oboje szybko znaleźli dobrą pracę: Frank w dziale spedycji firmy Standard Foundry, a Audrey została sekretarką. Niedługo potem przyszedł na świat pierwszy syn Michael. Pozornie idealna rodzina popadała w kłopoty finansowe pomimo awansu i podwyżki zarobków Franka. Przyczyną tego były niepoohamowane skłonności do wydawania pieniędzy przez Audrey²⁹. W 1960 r. przyszła na świat jej córeczka Carol Hilley. Audrey bardzo często zmieniała pracę, gdyż nie potrafiła zjednać sobie współpracowników, często dokuczała innym, zrażała do siebie otoczenie, a nawet miewała romanse ze swoimi zwierzchnikami. W czasie gdy domowy dług urósł do niebotycznych rozmiarów, Frank zaczął chorować. Audrey robiła mężowi zastrzyki, które jak utrzymywała zalecił lekarz.

²⁸ C. Kelleher, *op. cit.*, s. 161 i n.

²⁹ Audrey Hilley otworzyła skrytkę pocztową, na adres której kierowane były wszelkie rachunki. Kobieta wydawała wszystkie pieniądze na ubrania, kosmetyki, nowe meble, artykuły gospodarstwa domowego, liczne prezenty dla dzieci, oczywiście nie regulując zobowiązań z tytułu niezapłaconych rachunków, opłat, kredytów.

Jej zdrowie somatyczne i psychiczne ulegało pogorszeniu, a lekarze nie potrafili zdiagnozować choroby przez wzgląd na nietypowe objawy. Frank zmarł w 1975 r. z powodu wirusowego zapalenia wątroby. Od tego momentu rodzinę Audrey nękały nadzwyczajne zdarzenia. U matki Audrey wykryto nowotwór i w niedługim czasie zmarła. Dom rodzinny uległ zniszczeniu w skutek pożaru. Następny pożar wybuchł w mieszkaniu syna. Żona Michaela poroniła pierwszą ciążę. Córka Carol zaczęła chorować. Na podstawie tych niezwykłych okoliczności syn Michael zaczął podejrzewać o sprawstwo swoją matkę. Zażądał przeprowadzenia badań mających na celu wykrycie substancji trujących w organizmie Carol, a także ekshumacji zwłok Franka Hilleya i Lucille Frazier (matki Audrey). Wszystkie przypuszczenia okazały się trafne – badania wykazały wysoką zawartość arszeniku w badanych tkankach. W następstwie tego Audrey została oskarżona o zabójstwo męża i usiłowanie zabójstwa swojej córki. W tkankach matki Audrey wykryto wysoki poziom arszeniku, ale bezpośrednią przyczyną zgonu był nowotwór. Po wpłaceniu przez syna kaucji Audrey opuściła areszt i uciekła z miasta. Nowe życie z nową tożsamością (Lindsay Robbi Hannon) rozpoczęła na New Hampshire, gdzie znalazła dobrą pracę w Central Skrew Corporation i poznała zamożnego biznesmena Johna Homana, z którym pół roku później wzięła ślub. Przekonywała męża i znajomych w pracy, że jest nieuleczalnie chora na rzadką chorobę krwi i musi jechać na terapię, a przy okazji odwiedzi swoją siostrę bliźniaczkę Teri L. Martin. Zgodnie z planem wyjechała do Teksasu, po czym udała się na Florydę. Zmieniła swój image: włosy zafarbowała na blond, zmieniła imię i nazwisko na Teri L. Martin. Następnie zadzwoniła do Johna Homana z zawiadomieniem o śmierci jego żony, tj. Lindsay Robbi Hannon, i informacją o jej przyjeździe w celu niesienia duchowego wsparcia w żałobie. Występując w roli siostry bliźniaczki nie została zdemaskowana przez własnego męża ani przez dociekliwych współpracowników Central Skrew Corporation. Sprawą oszustki i zabójczyni zajęło się FBI. W 1983 r. został jej przedstawiony zarzut zabójstwa męża i usiłowania zabójstwa córki. W tym samym roku została uznana winną zarzucanych jej czynów i skazana na karę dożywocia i 20 lat pozbawienia wolności. Za dobre sprawowanie otrzymała trzydniową przepustkę. Audrey nie stawiała się na spotkanie

z mężem, ale jedynie zostawiła karteczkę z prośbą o wybaczenie. Cztery dni po ucieczce zostało znalezione ciało Audrey. Jako bezpośrednią przyczynę zgonu podano nadmierne wyziębienie organizmu³⁰.

3. Profilowanie psychologiczne sprawczyń seryjnych zabójstw

Prekursorem profilowania kryminalnego jest Robert K. Ressler – agent specjalny FBI. Na podstawie wieloletnich badań razem z Johnem Douglasem, Ann i Alanem Burgessami stworzyli Crime Classification Manual, który wnosił podział i klasyfikację przestępstw ze względu na charakterystykę behawioralną. Proces tworzenia profilu kryminalnego składa się z następujących etapów: zebrania danych, organizacji i integracji danych w celu dalszego procesu decyzyjnego, oceny przestępstwa, tworzenia profilu kryminalnego, działań dochodzeniowo-śledczych i aresztowania podejrzanego³¹.

Profilując nieznanego sprawcę seryjnego zabójstwa w większości przypadków od razu wskazuje się na mężczyznę. Jednak analiza informacji kryminalistycznych, wiktymologicznych i materiału dowodowego z miejsca przestępstwa może wskazywać na działanie kobiety. Z reguły jest to kobieta rasy białej między 22. i 35. rokiem życia. Miejscem działania sprawczyni jest jej mieszkanie, czasem wspólnie zamieszkiwane z ofiarą. Charakterystyka wiktymologiczna wskazuje, że w większości przypadków ofiara znała sprawczynię. Kobiety zazwyczaj zabijają członków najbliższej rodziny, nierzadko własne dzieci albo męża, ale również dalszych krewnych, przyjaciół i kochanków. Badania przeprowadzone przez R. Hale i A. Bolina wskazują, że kobiety najczęściej sięgają po truciznę (80% przypadkach)³². Pozostałe sposoby pozbawienia życia ofiary to: strzał z broni palnej, dźgnięcia ostrym narzędziem lub uderzenia tępym narzędziem,

³⁰ S. Klein, *op. cit.*, s. 25–36.

³¹ Zob. K. Gardoń, *op. cit.*, s. 166 i n.

³² W XIX i XX w. najczęściej stosowany był arsenik. Obecnie chlorek potasu albo sukcyńlocholina.

uduszenie – odcięcie dopływu tlenu do płuc w wyniku zadzierzgnięcia, przyłożenia poduszki do twarzy ofiary, założenie foliowej torby na głowę, utopienie. Kobiety zabijają większości z finansowych motywów (74%), ale również z potrzeby kontroli (15%), przyjemności (11%)³³. Często używają alkoholu i substancje psychoaktywne. Poziom inteligencji jest w normie, a czasem wyższy od przeciętnego, dlatego też często wykonują odpowiedzialną pracę. Niekiedy jednak wykonują zawody niewzbudzające szacunku. Pracują albo mieszkają w pobliżu pierwszego zabójstwa.

Dramatyczne dzieciństwo i okres dorastania ma duży wpływ na późniejszą przestępczością seksualną. Zabójstwo na tle seksualnym dokona kobieta doświadczona wielokrotnym gwałtem (często z kręgu rodziny, przyjaciół domu), rozpoczęła wczesne współżycie płciowe, nadużywa alkoholu, miała doświadczenia homoseksualne i przejawia zaburzenia seksualne (oziębłość, dyspareunię lub identyfikację własnej roli seksualnej).

W wypadku kobiet cierpiących na zaburzenia psychiczne, ofiarami stają się ich dzieci. Sprawczynie przy użyciu substancji chemicznych wywołują chorobowe objawy dziecka. Do śmierci dziecka dochodzi w wyniku niewłaściwego leczenia spowodowanego udzieleniem fałszywych informacji odnośnie do stanu zdrowia (syndrom Münchhausena). W każdym wypadku sprawczynie sprawia wrażenie kochającej i oddanej matki. Takim działaniem kobieta dąży do zwrócenia uwagi otoczenia na siebie i współczucia innych. Czasem zabójstwo dziecka jest podyktowane potrzebą sprawowania kontroli i władzy nad innymi ludźmi.

Pomimo wprowadzenia tak wielu rodzajów systematyki zaburzeń psychicznych oraz klasyfikacji kryminologicznych żadna z dostępnych dziś nauk nie potrafi znaleźć jednej odpowiedzi na pytanie o przyczyny przestępczej działalności kobiet jako seryjnych zabójców. Pewne są jedynie statystyki, które wskazują na wzrost działalności kryminalnej wśród kobiet. Wiąże się to z przemianami obyczajowymi i wzrostem społecznej samoświadomości kobiet. Skutkuje to wkraczaniem na przestępczą ścieżkę, niegdyś zarezerwowaną tylko dla mężczyzn.

³³ R. Hale, A. Bolin, *op. cit.*, s. 36–39.

Pierwsze zmiany jakościowe i ilościowe w przestępczości kobiet, a zwłaszcza wzrost popełnionych przestępstw agresywnych z użyciem przemocy, zauważono w latach 70. XX w. Stan ten utrzymuje się do dzisiaj. Jednakże, przyczyny są w dalszym ciągu nieznane. Poszukiwania jednak trwać muszą bez ustanku, gdyż jedynie uważne studium psychiki człowieka oraz poznanych dotychczas przypadków mogą dać odpowiedź na podstawowe pytanie dotyczące sprawczyń seryjnych zbrodni, a tym samym zapobiegać kolejnym zabójstwom.

Uniwersytet Wrocławski
Biblioteka Wydziału Prawa,
Administracji i Ekonomii

339760

Exemplarz udostępniany w czytelni



ISBN 978-83-933222-0-6