



Uniwersytet
Wrocławski



*Folia Iuridica
Universitatis
Wratislaviensis*

Vol. 7, No. 1/2018



Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/95879>

Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis

pod redakcją Leonarda Górnickiego
(*Uniwersytet Wrocławski*)

Vol. 7, No. 1

Wrocław 2018

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący
dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego
mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz
mgr Łukasz Baszak – członek
mgr Ewa Gałyga-Michowska – członek
mgr Bożena Górna – członek
mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Redaktorzy tematyczni

Prawo prywatne: dr hab. prof. nadzw. UWwr Krzysztof Zagrobelny
Historia oraz teoria i filozofia prawa: dr hab. prof. nadzw. UWwr Rafał Wojciechowski, dr hab. Przemysław Kaczmarek
Prawo europejskie i międzynarodowe: dr hab. prof. nadzw. UWwr Barbara Mielnik, dr hab. prof. nadzw. UWwr Dagmara Kornobis-Romanowska
Prawo administracyjne: dr hab. prof. nadzw. UWwr Piotr Lisowski
Prawo finansowe: dr hab. prof. nadzw. UWwr Patrycja Zawadzka
Prawo konstytucyjne: dr Ryszard Balicki, dr Anna Śledzińska-Simon
Prawo karne: dr Dagmara Gruszecka, dr Rajnhardt Kokot
Prawo gospodarcze i handlowe: dr hab. Bogusław Sołtys
Prawo pracy: dr hab. prof. nadzw. UWwr Artur Tomanek
Prawo wyznaniowe: dr hab. prof. nadzw. UWwr Józef Koredczuk

Redaktor językowy (język polski)

mgr Aleksandra Dorywała

Rada Naukowa

dr. h. c. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc. Právnická fakulta, Trnavská univerzita v Trnave
doctor în drept, conferențiar universitar Oleg A. Halabudenco, Universitatea Liberă Internațională din Moldova, Chișinău, Moldova
prof. dr hab. Mariusz Jabłoński, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
д-р юрид. наук, проф. Тетяна Олександрівна Коломоць, Декан юридичного факультету, Запорізький національний університет, Україна
dr hab. prof. nadzw. UWwr Artur Kozłowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. dr hab. Witold Kwaśnicki, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
к.ю.н., доц. Володимир Євгенович Макода, Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка, Україна
prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krzes, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. dr hab. Piotr Machnikowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. Hendryk Malevski, Mykolo Romerio universitetas, Mykolo Romerio teisės mokykla, Baudžiamosios teisės ir proceso institutas, Vilnius, Lietuva
prof. dr hab. Jacek Mazurkiewicz, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Zielonogórski
dr hab. prof. nadzw. UWwr Mirosław Sadowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. dr hab. Zofia Sienkiewicz, emerytowany profesor Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
проф. д-р Татьяна Станиславовна Волчешкая, Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта, Калининград, Российская Федерация
prof. д-р. Олег Александрович Зайцев, Московская академия экономики и права, Москва, Российская Федерация

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta abstraktów w jęz. angielskim: Bartłomiej Madejski
Projekt i wykonanie okładki: Marta Pawlak
Skład i opracowanie techniczne: Magdalena Gad, Tomasz Kalota eBooki.com.pl

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Do vol. 3 no. 2 (2014) czasopismo ukazywało się pod nazwą „Folia Iuridica Wratislaviensis”
i z numerem ISSN 2299-8322.

ISSN 2450-3932

Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wydanie elektroniczne

Spis treści

HISTORIA PRAWA. TEORIA I FILOZOFIA PRAWA

Maksymilian Mamos

System rezerwy na ziemiach polskich w XIX i XX wieku 9

Adam Bródka

Instytucje uchylenia, zmiany decyzji tworzącej lub nietworzącej prawa dla strony.
Analiza historyczno-prawna 37

Krzysztof Szymków

Instytucja stałych opiekunów sądowych 1919–1929 61

Piotr Hic

Prawo ustrojowe Izraela w ujęciu historycznym 83

Piotr Kantor-Kozdrowicki

Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych 95

Michał Wieczorkowski

Habermas vs Fish – pytanie o możliwość porozumienia międzykulturowego 111

PRAWO PORÓWNAWCZE. ZAGADNIENIA PRAWA EUROPEJSKIEGO

Michał A. Piegzik

Wczesne próby kodyfikacji japońskiego prawa cywilnego ery Meiji i ich kontekst historyczno-polityczny 137

Anna Tomza

Kwestia politycznych nominacji sędziów do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w poglądach Antonina G. Scalii – *In memoriam* 161

Maciej Ferenc

Relacja zasady skuteczności prawa unijnego i prawa do skutecznej ochrony sądowej – konieczność wyważenia dwóch wartości w prawie europejskim na przykładzie (w ramach) funkcjonowania systemu Europejskiego Nakazu Aresztowania (cz. I) ... 173

Jakub Radwan

Liability in Outer Space: the Question of Admissibility 197

ZAGADNIENIA PRAWA PUBLICZNEGO

Konrad Kopystyński

Brak rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej jako negatywna przesłanka przyznania koncesji 213

Maciej Błażewski

Zasada powszechności elektronicznej administracji 229

Karolina Kocemba

Prekaryzacja młodych prawników w Polsce 243

Przemysław Mazurek

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2016 r.,
sygn. akt I OSK 2691/15 263

Dorota Czerwińska

Glosa do uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2018 r.,
I KZP 12/1 271

Historia prawa.
Teoria i filozofia prawa

Maksymilian Mamos
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

System rezerwy na ziemiach polskich w XIX i XX wieku

The statutory portion on Polish lands, during the 19th and 20th centuries

Streszczenie

System rezerwy stanowi alternatywą wobec zachowku instytucję, służącą ochronie interesów majątkowych najbliższych członków rodziny spadkodawcy, która obecnie nie występuje w polskim ustawodawstwie. Rezerwa nie jest jednak obca rodzimej cywilistyce. Prawo spadkowe ziem centralnych, stanowiących obecnie terytorium Polski, przewidywało w okresie zaborów oraz II Rzeczypospolitej instytucję części obowiązkowej. Autor opisuje historię rezerwy na ziemiach polskich oraz kompleksowo analizuje sposób jej uregulowania w dawnej legislacji. Przedstawia także w zarysie, jak najważniejsi badacze odnosili się do przedmiotowej instytucji w okresie unifikacji i kodyfikacji prawa cywilnego, w latach 1919–1939. Rozważania te mają charakter głównie historycznoprawny, ale też ukazują, że rezerwa stanowiła istotny element polskiej kultury prawnej. Dlatego warto pamiętać o niej przy okazji ewentualnych rozważań nad wprowadzeniem zmian w prawie spadkowym. W tym kontekście analiza systemu części obowiązkowej nabiera charakteru praktycznego i doniosłego także współcześnie.

Słowa kluczowe

historia prawa, prawo spadkowe, dziedziczenie, rezerwa, kodyfikacja

Abstract

The statutory portion system is an alternative institution to the legitime in protecting the financial interests of the immediate family of the bequeather which is not a part of the current Polish legislation. The statutory portion is, however, not entirely unknown to domestic civil law. The inheritance law of the central districts, which currently constitute the territory of Poland, provided for an institution of compulsory share during the period of partitions and the Second Polish Republic. The author describes the history of the statutory portion on Polish lands and comprehensively analyses the method of its regulation in former legislation. He also outlines what the attitudes of the most prominent researchers towards the institution in question were during the period of unification and codification of civil law between 1919 and 1939. This dissertation refers mostly to the history of law but it also shows that the statutory portion constituted a vital element of the Polish legal culture. It is thus worth remembering in the course of any possible deliberations regarding the implementation of changes to the inheritance law. In this context, the analysis of the compulsory share becomes practical and momentous in nature also at the present time.

Keywords

legal history, inheritance law, succession, statutory portion, codification

1. Wstęp

Rozważania zawarte w niniejszym artykule należy rozpocząć od stwierdzenia, że instytucje rezerwy oraz zachowku tworzą dwa, najczęściej występujące w europejskiej oraz światowej cywilistyce, systemy ochrony najbliższych członków rodziny spadkodawcy przed jego niekorzystnymi dla nich rozrządzeniami majątkowymi¹. System rezerwy opisany zostanie obszernie w kolejnych rozdziałach. Można w tym miejscu jedynie zasygnalizować, że ogranicza on swobodę testowania spadkodawcy poprzez wydzielenie części jego majątku, która podlega z mocy prawa dziedziczeniu przez uprawnione osoby. Instytucja ta opiera się na koncepcji, zgodnie z którą ustawa ma pierwszeństwo przed rozrządzeniami spadkodawcy, co z kolei wynika z idei, że dobro rodziny ma priorytet nad autonomią woli. Tymczasem regulacje, w których spotyka się system zachowku, akcentują przede wszystkim swobodę testatora i pierwszeństwo testamentu przed ustawą. Istotą zachowku jest roszczenie, jakie członek rodziny może kierować przeciwko spadkobiercy lub obdarowanemu, jeżeli z powodu rozrządzeń dokonanych przez spadkodawcę nie otrzymał zagwarantowanego mu prawem udziału w majątku spadkowym². System zachowku kojarzony jest obecnie z ustawodawstwem państw niemieckojęzycznych, natomiast rezerwa z cywilistyką francuską.

Obecnie obowiązujący w Polsce kodeks cywilny przewiduje instytucję zachowku (art. 991 i n. k.c.)³. Regulacja ta weszła w życie ponad pięćdziesiąt lat temu, dlatego uważa się, że zachówek jest już zakorzeniony w naszym systemie prawnym. Stąd w polskiej cywilistyce pojawia się coraz mniej prac analizujących instytucję części obowiązkowej. Dlatego warto pochylić się nad nią, a zwłaszcza nad jej obowiązywaniem w przeszłości na ziemiach polskich. Mając w perspektywie możliwość nowelizacji prawa spadkowego, istotne jest udowodnienie, że rezerwa stanowiła element polskiej kultury prawnej i że nie należy tracić jej z pola widzenia przy planowaniu ewentualnych zmian ustawodawczych. Poza tym analiza instytucji części obowiązkowej w kształcie obowiązującym na ziemiach polskich nosi walor poznawczy pod względem historycznoprawnym. Wreszcie, zapoznanie się z tym, jak uregulowana była dawniej rezerwa na ziemiach polskich, przybliży nam także regulację francuską, ponieważ te dwa systemy cywilne były ze sobą zbieżne, albo też różniły się jedynie pewnymi elementami. Warto

¹ K. Przybyłowski, *Rezerwa czy zachówek?*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 9, s. 4–13.

² Szerzej na temat instytucji zachowku zob. m.in.: K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 4; A. Szpunar, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, „Państwo i Prawo” 1948, z. 8, s. 52; J.S. Piąkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1979, s. 262; J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe w zarysie*, PWN, Warszawa 1985 s. 258; J. Kosik, *Zachówek*, [w:] J.S. Piąkowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, Ossolineum, Wrocław 1985, s. 535; M.A. Zachariasiewicz, *Zachówek czy rezerwa? Głos w dyskusji nad potrzebami i kierunkami zmian polskiego prawa spadkowego*, „Rejent” 2006, nr 2, s. 180–202.

³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380), dalej k.c.

nadmienić, że także współczesne ustawodawstwo francuskie w dziedzinie prawa spadkowego niewiele odbiega od tego, które przedstawione zostanie w niniejszym artykule.

Pierwszy rozdział merytoryczny niniejszego artykułu zawiera ogólny zarys systemu rezerwy, w tym zwłaszcza jego genezę, kształt instytucji w wybranych ustawodawstwach, ale także jej funkcje oraz wady i zalety. Uważam, że poczynienie ogólnych uwag jest konieczne dla dogłębnego przeanalizowania konkretnych regulacji. Kolejne rozdziały opisują instytucję części obowiązkowej już na ziemiach polskich, mianowicie w Księstwie Warszawskim oraz Królestwie Polskim. Na końcu opisana zostanie rezerwa po odzyskaniu przez Polskę niepodległości ze szczególnym uwzględnieniem jej obecności w pracach kodyfikacyjnych nad prawem spadkowym w okresie II RP.

2. Ogólna charakterystyka systemu rezerwy

Na początku rozważań warto zaznaczyć, że w literaturze przedmiotu występują pewne rozbieżności odnośnie do wskazywanego najwcześniejszego, historycznego źródła prawa spadkowego, w którym pojawić się mogła instytucja stanowiąca swoisty archetyp rezerwy we współczesnym rozumieniu. Niektórzy autorzy stwierdzają wprost, że rezerwa jest sposobem ochrony najbliższych członków rodziny spadkodawcy wywodzącym się z prawa zwyczajowego północnej Francji, a więc jest instytucją o germańskiej proveniencji⁴. Inni badacze wskazują, że prawo germańskie było jednym ze źródeł, które wpłynęło na ukształtowanie się rezerwy⁵, lub też podnoszą, że współczesna instytucja stanowi przeobrażenie zwyczajowego prawa francuskiego oraz prawa rzymskiego⁶. Najobszerniej na temat występowania pierwowzoru rezerwy w starożytnym prawie rzymskim wypowiedział się W. Borysiak⁷. Jej archetypu upatruje on w skardze *querela inofficiosi testamenti* wywodzącej się z praktyki pretorskiej⁸. Mogła być ona wniesiona tylko przed upływem danego okresu od otwarcia spadku⁹ przez osobę uprawnioną, wówczas gdy na mocy testamentu osoba ta nie dziedziczyła części schedy po spadkodawcy przysługującej jej zgodnie z prawem¹⁰. Krewnymi, którym prawo gwarantować miało obli-

⁴ Zob. m.in.: S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle prawnoporównawczym. Cz. 2. Polska pod zaborem*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2002, s. 51; M. Szewczak-Daniel, *Ochrona praw dziedziców koniecznych na ziemiach polskich w XIX i XX w.*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV, nr 3, <http://studiainuridica.umcs.pl> [dostęp 20.09.2017].

⁵ B. Kordasiewicz, *Zachowek*, [w:] B. Kordasiewicz (red.), *System Prawa Prywatnego. T. 10. Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 945.

⁶ P. Księżak, *Zachowek w polskim prawie spadkowym*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 32.

⁷ W. Borysiak, *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym i prawnoporównawczym*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2008, nr 8/2, s. 151–189.

⁸ *Ibidem*, s. 168–169, 173.

⁹ *Ibidem*, s. 169.

¹⁰ *Ibidem*, s. 168.

gatoryjny udział w majątku spadkowym, byli zstępni, a w ich braku wstępni, zaś w ostatniej kolejności rodzeństwo ze wspólnego ojca, ale tylko wówczas, gdy spadkobierca testamentowy uznany został za niegodnego¹¹. Uwzględnienie skargi przez sąd powodowało, że testament, jako sprzeczny z powinnością (*testamentum inofficiosum*), stawał się w całości nieważny¹². Należy zaznaczyć, że na poczet przysługującej uprawnionemu części spadku (*pars legitima*) zaliczano nie tylko to, co otrzymał on w ramach testamentu, ale też wszystkie przysporzenia wynikające z darowizn, które stawały się skuteczne wraz ze śmiercią darczyńcy (*donatio mortis causa*)¹³. Roszczenie o wydanie majątku spadkowego wynikające z unieważnienia testamentu realizowane było następnie w drodze instytucji *hereditas petitio* albo *bonorum possessio contra tabulas*¹⁴. Właśnie wpływ nieuszanowania przez spadkodawcę wielkości obligatoryjnego udziału uprawnionych w schedzie na, przynajmniej częściową, bezskuteczność jego rozrządzeń jest elementem upodabniającym skargę *querela inofficiosi testamenti* do rezerwy we współczesnym rozumieniu. Nasuwa się więc wniosek, że choć instytucja rezerwy jest instrumentem prawnym o głównie germańskiej proweniencji, to już w prawie rzymskim występowały praktyki charakteryzujące się pewnym podobieństwem w stosunku do nowożytnych rozwiązań. Wydaje się, że trzeba w tym miejscu przyznać rację P. Książakowi, który w swojej monografii skonstatował odnośnie do rezerwy w prawie francuskim, iż: „Francuski code civil [...] wprowadził system ochrony rodziny spadkodawcy, który w sposób twórczy przekształcił rozwiązania znane już z praw zwyczajowych północnej Francji i prawa rzymskiego”¹⁵.

Przechodząc w tym miejscu do charakterystyki instytucji rezerwy w formie ukształtowanej w nowożytnym prawie cywilnym, należy wskazać, że polega ona najogólniej na podziale majątku spadkowego na część rozrządzalną, którą spadkodawca może swobodnie dysponować, oraz część obowiązkową, dziedziczną z mocy prawa przez uprawnionych do rezerwy niezależnie od woli zmarłego¹⁶. Jeżeli jednak spadkodawca swoimi dyspozycjami naruszy część nierozrządzalną, osoby uprawnione mogą żądać odpowiedniego zmniejszenia poszczególnych rozrządzeń, w tym także darowizn, tak aby uzyskać przysługującą im rezerwę¹⁷. Należy natomiast podkreślić, że istotą instytucji rezerwy nie jest ewentualne roszczenie uprawnionych, jak jest to w systemie zachowku, lecz fakt, że

¹¹ *Ibidem*, s. 174–175.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, s. 169.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ P. Książak, *op. cit.*, s. 32.

¹⁶ Na temat charakterystyki ogólnej systemu rezerwy zob. m.in.: K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 4; A. Szpunar, *op. cit.*, s. 51–64; J. Gwiazdomorski, *Rezerwa czy zachówek?*, „Prawo i Życie” 1959, nr 12; J.S. Piątowski, *op. cit.*, s. 261; J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 258; J. Kosik, *op. cit.*, s. 535; M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 180–202; W. Borysiak, *op. cit.*, s. 161; P. Książak, *op. cit.*, s. 32–33; B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 943.

¹⁷ Zob. m.in.: W. Borysiak, *op. cit.*, s. 161; P. Książak, *op. cit.*, s. 33.

stają się oni dziedzicami części obowiązkowej *ipso iure* ze wszelkimi tego konsekwencjami. Odpowiadają więc za długi spadkowe, a także, uczestnicząc w dziale spadku, mają prawo do jego części w naturze¹⁸.

Nie da się zaprzeczyć temu, że system rezerwy jest powszechnie kojarzony przede wszystkim z rozwiązaniami francuskiego kodeksu cywilnego. Warto jednak pamiętać o tym, że analogiczne regulacje obowiązują także w wielu krajach Europy, jak również Ameryki Środkowej i Południowej¹⁹. Jako przykład można podać unormowanie zawarte w szwajcarskim kodeksie cywilnym, zgodnie z którym część obowiązkowa przysługująca małżonkowi oraz rodzicom spadkodawcy wynosi $\frac{1}{2}$ udziału spadkowego, który przypadłby im, gdyby w braku testamentu nastąpiło dziedziczenie ustawowe, zaś rezerwa zstępnych to aż $\frac{3}{4}$ tego, co odziedziczyliby oni *ab intestato*²⁰. Interesujący system ukształtował się ostatecznie w Gruzji, gdzie reminiscencje regulacji cywilnej obowiązującej w dawnym ZSRR zetknęły się z wpływami niemieckimi oraz holenderskimi²¹. Tym samym doszło do swoistej syntezy rezerwy, zakorzenionej w tym przypadku dzięki influencjom radzieckim, z zachowkiem typowym dla kodeksu cywilnego RFN. Przy zachowaniu najbardziej charakterystycznego elementu systemu części obowiązkowej, mianowicie dziedziczenia określonego udziału przez uprawnionych bez względu na wolę testatora, przyjęto tam wysokość oraz sposób obliczania przysporzenia charakterystyczny dla zachowku²². Zarówno dzieciom, jak i rodzicom oraz małżonkowi spadkobiercy przysługuje zawsze połowa udziału, jaki przypadłby im przy dziedziczeniu *ab intestato*²³. Jeszcze bardziej specyficzny model będący odmianą systemu rezerwy ukształtował się w Hiszpanii oraz niektórych krajach Ameryki Południowej, m.in. w Brazylii. Tamtejsza regulacja opiera się na podziale majątku spadkowego na trzy części. Pierwszą z nich spadkodawca może dysponować zgodnie ze swoją wolą w sposób zupełnie swobodny, drugą, tzw. *mejora*, testator ma prawo rozrządzać, ale tylko na rzecz członków swojej rodziny wskazanych jako spadkobiercy ustawowi. Wreszcie trzecia część, *legitima stricta*, przypada *de iure* uprawnionym krewnym w takich proporcjach, w jakich przewiduje to ustawa²⁴. Na marginesie warto wspomnieć, że w Argentynie, choć jest to kraj latynoamerykański, obowiązuje „klasyczny” system rezerwy na wzór francuski²⁵. Poza wskazanymi przykładami część obowiązkową przewidują także regu-

¹⁸ P. Księżak, *op. cit.*, s. 33.

¹⁹ K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 9.

²⁰ M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 184.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, s. 185.

²³ *Ibidem*, s. 184.

²⁴ Zob. m.in.: A. Szpunar, *op. cit.*, s. 51; M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 184; W. Borysiak, *op. cit.*, s. 162; B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 945.

²⁵ W. Borysiak, *op. cit.*, s. 162, przypis 56.

lacje prawa spadkowego innych państw, m.in. Szwecji, Litwy, Łotwy, Estonii, Belgii, Luksemburga, Portugalii, Włoch, Grecji, Bułgarii, Rumunii, Chorwacji, Słowenii, Republiki Czeskiej, Ukrainy, Rosji oraz Turcji²⁶.

Rezerwa jest oceniana jako system, który najpełniej realizuje funkcje instytucji chroniących najbliższych członków rodziny spadkodawcy przed jego niekorzystnymi dla nich rozporządzeniami²⁷. Uprawniony dziedziczy bowiem z mocy prawa, uczestniczy w dziale spadku i częściej niż w przypadku zachowku otrzymuje w naturze składniki majątkowe, do których, jako członek rodziny, może być przywiązany. Rozwiązanie to czyni także łatwiejszym kontynuowanie przez spadkobierców działalności gospodarczej opartej na rodzinnym przedsiębiorstwie²⁸. Według M. Planiola rezerwa w prawie francuskim pełni dwie funkcje, mianowicie sprzyja realizacji „obowiązku moralnego” oraz jest korzystna dla „interesu społecznego”²⁹. Pierwszy z cytowanych elementów zasadza się na koncepcji, że osoby połączone więzami krwi obowiązane są do realizowania wobec siebie pewnych wzajemnych, naturalnych i oczywistych zobligowań³⁰. Na tej podstawie rodzice winni są pozostawić określone przysporzenia swoim zstępny i na odwrót, dzieci, choć może w mniejszym stopniu, muszą zatroszczyć się o wstępnych poprzez rozporządzenia *mortis causa*. Z kolei związek rezerwy z realizacją interesu społecznego wyraża się w utrzymywaniu trwałości i stabilizacji w poszczególnych rodzinach, które, jako podstawowe komórki społeczne, składają się na naród³¹. Wydaje się, że wskazane przez Planiola motywy przemawiające na korzyść systemu części obowiązkowych są jak najbardziej aktualne i uniwersalne terytorialnie, bowiem mogą się one odnosić nie tylko do regulacji francuskiej, ale też innych ustawodawstw, w których obowiązuje instytucja rezerwy. Do zalet opisywanego instrumentu prawnego zalicza się także niewystępowanie w związku z nim problemu błędnego oszacowaniem lub zmiany wartości składników majątkowych wchodzących w skład spadku³². Trudności te mogą pojawiać się przy obowiązywaniu systemu zachowku, dla którego kluczowe jest obliczenie roszczenia pieniężnego podmiotu uprawnionego w korelacji z właściwą wyceną majątku spadkowego. Dziedziczenie w naturze charakterystyczne dla instytucji rezerwy eliminuje wskazany problem. Omawiany instrument prawny przejawia także pewne walory pod względem procesowym. Całościowe rozstrzygnięcie o przysporzeniach, jakie otrzymują

²⁶ M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 183–184; W. Borysiak, *op. cit.*, s. 160–161.

²⁷ K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 11.

²⁸ M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 196.

²⁹ M. Planiol, *Podręcznik do prawa cywilnego: o darowiznach i testamentach*, F. Hoesick, Warszawa 1922, s. 211.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, s. 212.

³² K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 12.

poszczególni zainteresowani, może się zamykać na etapie działu spadku³³. Istotnie różni to rezerwę od zachowku, gdyż w przypadku tego drugiego systemu stwierdzenie nabycia spadku oraz występowanie z roszczeniem o wypłatę należnej kwoty z tytułu zachowku podlega dwóm odrębnym postępowaniom, co rodzi nie tylko daleko idące komplikacje, ale też jest uciążliwe dla członków rodziny spadkodawcy. Zawsze istnieje też pewna doza ryzyka, że roszczenie uprawnionego do zachowku ostatecznie nie będzie mogło być zrealizowane. Instytucja rezerwy chroni krewnych spadkodawcy przed niemożnością wyegzekwowania ich uprawnień³⁴. Z drugiej strony jej konstrukcja sprawia, że najbliżsi krewni zmarłego muszą liczyć się z tym, iż jako osoby bezpośrednio dziedziczące odpowiadają też za wszelkie obciążenia wiążące się ze spadkiem. W sposób oczywisty może to być dla nich niekorzystne. W doktrynie wskazuje się jednak, że rozwiązanie takie jest słuszne, ponieważ odpowiada najczęstszej praktyce, w której to osoby najbliższe spadkodawcy są najbardziej zaangażowane we wszelkie ciężary i kłopoty związane ze spadkiem³⁵.

Istotną wadą systemu rezerwy jest to, że w sposób bardzo ingerencyjny i nieelastyczny ogranicza on prawo spadkodawcy do swobodnego rozrządzania majątkiem³⁶. Powszechnie akceptowany przywilej dysponowania swoją własnością, także *mortis causa*, z góry zawężony jest do jedynie pewnej części mienia. To w połączeniu z faktem, że system rezerwy najczęściej nie przewiduje możliwości wydziedziczenia uprawnionego³⁷, sprawia, iż więzy krwi są przesłanką niemalże bezwzględnie determinującą otrzymanie przysporzenia ze schedy osoby odpowiednio spokrewnionej. Instrument prawny w przedstawianym kształcie nie uwzględnia tego, że osoby biologicznie ze sobą powiązane wcale nie muszą być sobie bliskie. Zwłaszcza współcześnie więzy krwi przestają być wystarczającym uzasadnieniem dla egzekwowania rzekomego obowiązku moralnego. W przypadku osób spokrewnionych, ale nieutrzymujących ze sobą bliskich relacji, swoisty automatyzm i restrykcyjność systemu rezerwy może prowadzić do niesprawiedliwych skutków. Ingerencyjny charakter instytucji części obowiązkowych godzić może także w pewność obrotu prawnego. Jej uregulowanie zezwala na wzruszanie darowizn dokonanych nawet wiele lat przed otwarciem spadku, przy czym obecnie ten daleko idący skutek jest często łagodzony przez zastosowanie klauzuli dobrej wiary osób obdarowanych, jak również wprowadzanie krótkich terminów przedawnienia roszczeń³⁸. Często przywoływanym mankamentem instytucji rezerwy jest także

³³ M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 197.

³⁴ A. Szpunar, *op. cit.*, s. 52.

³⁵ M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 197.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Zazwyczaj dopuszczalne jest tylko uznanie uprawnionego za niegodnego; zob. P. Księżak, *op. cit.*, s. 33.

³⁸ B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 947.

jej skomplikowanie³⁹. Rzeczywiście, pozornie prosta regulacja prawa materialnego może wywoływać wiele trudności związanych zwłaszcza z tym, komu i w jakiej wielkości przysługuje część obowiązkowa w konkretnym stanie faktycznym. Trudności praktyczne ujawniają się także na etapie postępowania sądowego. To, że możliwe jest rozstrzygnięcie o wszystkich związanych ze spadkobranie przysporzeniach w ramach jednej procedury o dział spadku, stanowi *prima facie* walor, ale kryje też pewne zagrożenia. O korzyściach wynikających z tego rozwiązania mowa była w poprzednim ustępie. Wadę natomiast stanowi to, że przed sądem występują jednocześnie spadkobiercy testamentowi oraz uprawnieni do rezerwy. Strony te są ze sobą często w konflikcie, a ich rywalizacja o udział w schedzie może prowadzić do przewlekłości postępowania i bardzo utrudniać uzyskanie rozstrzygnięcia o dziale spadku⁴⁰. Już w okresie dwudziestolecia międzywojennego w polskiej literaturze odnoszono się do problemu, jakim jest rozdrabnianie majątków, które wynika z charakterystycznego dla rezerwy dziedziczenia w naturze⁴¹. Mankament ten ujawnia się zwłaszcza, gdy składnikiem masy spadkowej jest gospodarstwo rolne. Podział gruntu ornego na działki o znacznie mniejszych rozmiarach jest bowiem postrzegany ze społeczno-gospodarczego punktu widzenia jako zjawisko o charakterze negatywnym.

3. Rezerwa w Księstwie Warszawskim

Pojawienie się systemu rezerwy na ziemiach polskich było bezpośrednią implikacją obowiązywania na tych terenach jednego z największych dzieł kodyfikacji cywilnej, mianowicie Kodeksu Napoleona⁴² uchwalonego we Francji w roku 1804⁴³. Akt ten stanowił swoistą syntezę zwyczajowego prawa francuskiego o germańskiej proveniencji z pra-

³⁹ Zob. m.in.: J.S. Piątowski, *op. cit.*, s. 263; B. Kordasiewicz, *op. cit.*, s. 947; M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 197.

⁴⁰ A. Szpunar, *op. cit.*, s. 52; M.A. Zachariasiewicz, *op. cit.*, s. 197.

⁴¹ K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 13.

⁴² Warto w tym miejscu zaznaczyć, że oficjalna nazwa francuskiego kodeksu cywilnego ulegała wielokrotnie zmianom, najczęściej podyktowanym względami politycznymi. Początkowo, od 21 marca 1804 r., akt ten nosił po prostu tytuł *Code civil des Français*. W roku 1807 nazwa została oficjalnie zmieniona na Kodeks Napoleona, aby uwidocznic związek pomiędzy doniosłą kodyfikacją cywilną a osobą cesarza Francuzów. Z oczywistych przyczyn politycznych w roku 1816 regulacji nadano tytuł *code civil*, panowanie zaś bratanka Bonapartego, Napoleona III, przyniosło powrót do nazwy Kodeks Napoleona. Od 1870 r. ustawa nosi nieprzerwanie we Francji neutralny tytuł *code civil*. Tym niemniej na ziemiach polskich przez cały okres obowiązywania regulacji francuskiej posługiwano się nazwą Kodeks Napoleona, ponieważ tak brzmiał tytuł ustawy, gdy została ona wprowadzona w Księstwie Warszawskim. Dlatego też posługuję się w niniejszym artykule nazwą: Kodeks Napoleona (w skrócie: KN). Co do zmian w tytule francuskiego kodeksu cywilnego zob.: K. Sójka-Zielińska, *Księstwo Warszawskie. Prawo cywilne*, [w:] J. Bardach, M. Senkowska-Gluck (red.), *Historia państwa i prawa Polski. Tom III. Od rozbiórów do uwłaszczenia*, PWN, Warszawa 1981, s. 134–135.

⁴³ A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, PWN, Warszawa 2008, s. 197.

wem rzymskim, wzbogaconą koncepcjami jusnaturalizmu oraz egalitaryzmu i liberalizmu zaakceptowanego we Francji w efekcie wielkiej rewolucji⁴⁴. Tak ukształtowana regulacja kodeksowa była powszechnie podziwiana za jasność i precyzyjność sformułowań⁴⁵. Składała się w sumie z 2281 artykułów podzielonych na trzy części: „O osobach, O majątkach i różnych rodzajach własności” oraz „O różnych sposobach nabycia własności”⁴⁶. Zarówno w pierwotnej regulacji kodeksu⁴⁷, jak i obecnie⁴⁸ przepisy dotyczące części obowiązkowej oraz skargi uprawnionych o zmniejszenie rozrządzeń spadkodawcy znajdują się pomiędzy art. 913–930, przy czym numeracja i treść przepisów mieszczących się pomiędzy tymi jednostkami ulegała zmianom wraz z kolejnymi nowelizacjami.

Napoleońska kodyfikacja cywilna zaczęła obowiązywać w obrębie określonych ziem polskich po powstaniu Księstwa Warszawskiego, które stanowiło twór polityczny w wysokim stopniu zależny od Cesarstwa Francuskiego. Artykuł 69 Konstytucji Księstwa głosił wprost: „Kodeks Napoleona stanowić będzie prawo Księstwa Warszawskiego”⁴⁹. Przepis ten uzupełniony został dekretem królewskim z dnia 27 stycznia 1808 r., wydanym na wniosek ministra sprawiedliwości Feliksa Łubieńskiego, w którym stwierdzono, że KN wejdzie w życie z dniem 1 maja 1808 r.⁵⁰ Francuska regulacja cywilna obowiązywała na ziemiach polskich w sposób bezpośredni, bez konieczności implemmentowania jej w drodze odrębnej ustawy. Oficjalnie wiążąca była nawet oryginalna, francuskojęzyczna wersja kodeksu, uznawane zaś za wadliwe tłumaczenie autorstwa Franciszka Szaniawskiego mogło być stosowane tylko o tyle, o ile nie wykazywało ono sprzeczności z pierwotnym tekstem⁵¹.

Należy przejść w tym miejscu do merytorycznego przedstawienia treści instytucji rezerwy w kształcie występującym na terenie Księstwa Warszawskiego za sprawą obowiązywania tam Kodeksu Napoleona. W pierwszej kolejności warto pochylić się nad uprawnieniem zstępnych do dziedziczenia części obowiązkowej. Zgodnie z art. 913 KN spadkodawca nie mógł dokonać rozrządzeń ponad: $\frac{1}{2}$ swojego majątku, gdy posiadał jedno dziecko, $\frac{1}{3}$ przy dwojgu dzieci oraz $\frac{1}{4}$, kiedy dzieci było troje lub więcej. Odpowiednio więc: jednemu dziecku przysługiwała rezerwa w wysokości $\frac{1}{2}$ majątku spadkowego, dwojgu dzieciom $\frac{2}{3}$ schedy, a trojgu lub więcej $\frac{3}{4}$ masy spadkowej⁵². Dziecko

⁴⁴ A. Dziadzio, *op. cit.*, s. 197; S. Płaza, *op. cit.*, s. 51.

⁴⁵ S. Płaza, *op. cit.*, s. 51.

⁴⁶ A. Dziadzio, *op. cit.*, s. 198.

⁴⁷ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 112; K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Liber, Warszawa 2009, s. 215.

⁴⁸ Art. 913–930 francuskiego kodeksu cywilnego, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [dostęp: 16.02.2018].

⁴⁹ K. Sójka-Zielińska, *Księstwo...*, s. 132.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 132.

⁵¹ *Ibidem*, s. 132–133.

⁵² K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona...*, s. 112.

przysposobione także miało prawo do części obowiązkowej, jednakże jedynie ze schedy po przysposabiającym⁵³. Nie przysługiwała mu więc rezerwa z majątku krewnych przysposabiającego.

Dla pełnego zobrazowania opisywanego zagadnienia warto przedstawić swoistą kategoryzację zstępnych występującą w dawnej cywilistyce francuskiej. Dzieci zrodzone ze związku małżeńskiego w trakcie jego trwania określane były jako prawe. Przysługiwanie im rezerwy nie budziło nigdy żadnych wątpliwości⁵⁴. Dzieci pozamałżeńskie, jednak nie pochodzące ze związków kazirodczych lub cudzołożnych, nazywane były naturalnymi i mogły zostać wtórnice uprawnione⁵⁵. Następowало to w drodze małżeństwa ich rodziców, jeżeli wyrazili oni taką wolę, albo fakultatywnego uznania poprzez właściwy akt urzędowy⁵⁶. W Kodeksie Napoleona występowała także instytucja sądowego dochodzenia swojego pochodzenia⁵⁷. Szczególnie istotne jest to, że, zgodnie z opinią M. Planiola, dzieci uprawnione były zrównane w swych prawach spadkowych z prawnymi⁵⁸. Oznacza to, że zstępny uznany wtórnice w drodze odpowiedniej czynności prawnej dziedziczył z mocy prawa należną rezerwę tak, jakby zrodzony został ze swych rodziców w trakcie trwania ich małżeństwa. Problematiczne natomiast jest zagadnienie, czy dziecku naturalnemu nieuprawnionemu przysługiwała część obowiązkowa po jego zstępnych. Według K. Sójki-Zielińskiej rezerwa przysługiwała dzieciom prawnym, uprawnienia zaś zstępnych naturalnych były wątpliwe⁵⁹. Nieco inne stanowisko zajmował M. Planiol. Autor ten zwrócił uwagę na to, że prawo do rezerwy dzieci naturalnych było szeroko dyskutowane, gdyż kodeks w swej pierwotnej treści nie wypowiedział się o nim bezpośrednio⁶⁰. Jednocześnie stwierdza, że „jurysprudencja wcześniej rozstrzygnęła twierdząco” kwestię, iż dziecko naturalne posiada część obowiązkową⁶¹. Oznaczałoby to, że zstępny urodzony poza związkiem małżeńskim także miał prawo do rezerwy. Powstaje w tym miejscu swoisty dylemat. Z jednej strony należałoby przyznać prymat opinii autora francuskiego, dla którego Kodeks Napoleona był źródłem rodzimego prawa cywilnego. Problem polega na tym, że nie wiadomo, z jakiego dokładnie okresu pochodzi orzecznictwo akceptujące prawo zstępnego naturalnego do rezerwy, na które powoływał się M. Planiol w swoim podręczniku. Z pewnością pochodzi ono sprzed 1891 r.⁶², jednak mogło pojawić się już

⁵³ M. Planiol, *op. cit.*, s. 214.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...*, s. 205.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ M. Planiol, *op. cit.*, s. 214.

⁵⁹ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...*, s. 215, 227.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 221.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² W 1891 r. została uchwalona we Francji ustawa nowelizująca *code civile*, której postanowienia ostatecznie pozytywnie rozstrzygnęły o prawie zstępnych naturalnych do rezerwy. Dlatego w późniejszym okre-

po upadku Księstwa Warszawskiego w roku 1815. Dlatego być może odnośnie do pierwszego okresu obowiązywania Kodeksu Napoleona, pokrywającego się częściowo z występowaniem tej regulacji na terytorium Księstwa, nie należy kategorycznie rozstrzygać analizowanego zagadnienia, lecz ograniczyć się do opinii przedstawionej przez K. Sójkę-Zielińską, że prawo zstępnych naturalnych do części obowiązkowej było wątpliwe.

Kodeks Napoleona przewidywał także okoliczności faktyczne i prawne, których wystąpienie sprawiało, że zstępny był pozbawiony *ex lege* prawa do rezerwy, bez względu na jego status, o którym była mowa w poprzednim akapicie, jak i stopień pokrewieństwa ze spadkodawcą. Po pierwsze, w prawie francuskim jeszcze do roku 1854 występowała instytucja śmierci cywilnej. Osoba, wobec której zastosowano ten drastyczny środek karny, nie mogła być spadkobiercą, ponieważ w świetle prawa cywilnego traciła swoją podmiotowość⁶³. Część obowiązkowa nie przysługiwała także zstępnemu, który stawał się cudzoziemcem, zgodnie z regulacją art. 726 KN⁶⁴. Wskazane powyżej osoby fizyczne w ogóle nie były nawet brane pod uwagę przy obliczaniu wysokości rezerwy⁶⁵. Części obowiązkowej nie dziedziczyli także zstępni, którzy zrzekli się spadkobrania *ab intestato* lub byli jego niegodni⁶⁶. W doktrynie i judykaturze francuskiej występował jednak spór co do tego, czy należy brać ich pod uwagę przy obliczaniu wysokości rezerwy.

Prawo do części obowiązkowej mogli także posiadać dalsi zstępni spadkodawcy, najczęściej jego wnuki⁶⁷. Działo się tak wówczas, gdy ich wstępny, będący jednocześnie bliższym zstępnym zmarłego, nie dożył spadkobrania, był *ex lege* niezdolny do dziedziczenia lub się go zrzekł, czy też był go niegodny⁶⁸. Dalsi zstępni zastępowali więc swojego wstępnego w spadkobranii rezerwy. Wiąże się to ze stosowaniem zasady szczepów. Oznacza ona, że rezerwę, która przysługiwałaby zstępnemu spadkodawcy dzielono na równe części pomiędzy jego najbliższych potomków. Dwóch wnuków mogło więc odziedziczyć po swoim dziadku po 1/2 części obowiązkowej, jaka przysługiwałaby ich ojcu, gdyby ten był zdolny do spadkobrania.

sie nie było już potrzeby tworzenia orzecznictwa, które miałyby dotyczyć tego zagadnienia. Warto nadmienić, że wskazana nowelizacja nigdy nie weszła w życie na ziemiach polskich, pomimo że Kodeks Napoleona obowiązywał na terytorium obecnych ziem centralnych Polski także po jej wejściu w życie we Francji. Zob. A. Słomiński, [w:] M. Planiol, *op. cit.*, s. 221, w przypisie.

⁶³ M. Planiol, *op. cit.*, s. 215.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 216.

⁶⁷ M. Planiol, *op. cit.*, s. 217.

⁶⁸ Początkowo wyrażano opinię, że niegodność lub zrzeczenie się dziedziczenia przez bliższego zstępnego powoduje, że jego zstępni traktowani są jak potomkowie pierwszego stopnia, tak więc np. wnuki winne być w takiej sytuacji traktowane na równi z pozostałymi dziećmi spadkodawcy. Ostatecznie jednak stanowisko to zostało odrzucone na rzecz jednolitego stosowania zasady szczepów bez względu na przyczynę niedziedziczenia przez bliższego zstępnego. Zob. M. Planiol, *op. cit.*, s. 217.

Dopiero wówczas gdy spadkodawca nie pozostawił żadnych mogących dziedziczyć zstępnych, bliższych lub dalszych, część obowiązkowa przypadała jego zdolnym do spadkobrania wstępnym (art. 915 KN)⁶⁹. Regulacja ta stanowi emanację poglądu, zgodnie z którym na szczególną ochronę zasługują uprawnienia spadkowe osób spokrewnionych ze spadkodawcą w linii prostej, bowiem to z nimi jest on najsilniej związany. Nadto, istotny w tym względzie wydaje się interes społeczny przejawiający się pod postacią takich wartości, jak stałość i stateczność rodziny⁷⁰. Część obowiązkowa wstępnym wynosiła $\frac{1}{4}$ masy spadkowej dla każdej z linii, a więc w przypadku dziedziczenia przez rodziców $\frac{1}{4}$ majątku przypadała ojcu i $\frac{1}{4}$ matce⁷¹. Wysokość ułamka spadku przypadającego na daną linię pokrewieństwa była niezależna od liczby wstępnych ją reprezentujących, co oznacza, że dwoje dziadków, wstępnym rodzica nieżyjącego lub niezdolnego do spadkobrania, dziedziczyło wspólnie $\frac{1}{4}$ spadku⁷². Mogli oni uzyskać część obowiązkową w zbiegu ze zdolnym do dziedziczenia rodzicem spadkodawcy pochodzącym z drugiej linii, który otrzymywał swoją $\frac{1}{4}$ część majątku zstępnego. Konkludując, w przypadku, gdy występowali dalsi lub bliżsi wstępni jednej linii, część rozporządzalna wynosiła $\frac{3}{4}$ masy spadkowej, gdy zaś wstępni wywodzili się z obu linii, spadkodawca mógł swobodnie rozrządzać tylko $\frac{1}{2}$ swojego majątku.

Krewnym w linii bocznej, w tym rodzeństwu, część obowiązkowa nie przysługiwała⁷³. Rozwiązanie to argumentowano niewystarczająco silnymi więziami łączącymi zazwyczaj spadkodawcę z jego krewnymi bocznymi⁷⁴. Prawa do rezerwy nie miał także małżonek spadkodawcy⁷⁵. Wiązało się to z odgrywającą w Kodeksie Napoleona dużą rolę koncepcją utrzymywania całego majątku wewnątrz rodu, czyli wyłącznie osób połączonych więziami krwi, a nie wchodzących do rodziny niejako z zewnątrz w drodze małżeństwa.

Zakończywszy rozważania na temat strony podmiotowej instytucji rezerwy w Kodeksie Napoleona, warto pochylić się nad praktycznym aspektem obliczania i egzekwowania części obowiązkowej w odpowiedniej wysokości. Już na wstępie należy nadmienić, że spadkobiercom obowiązkowym, w przypadku naruszenia części nierozrządzałnej przez szkodrośliwość spadkobiercy, przysługiwało roszczenie o obniżenie zapisów i darowizn⁷⁶. Najpierw jednak konieczne było dokonanie czynności czysto rachunko-

⁶⁹ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...* s. 227; K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona...*, s. 112.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ M. Planiol, *op. cit.*, s. 218.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Prawo takie małżonek spadkodawcy uzyskał we Francji dopiero na mocy nowelizacji *code civile* z 3 grudnia 2001 r. Obecnie wdowa lub wdowiec, w braku spadkobierców koniecznych, ma prawo do części obowiązkowej w wysokości $\frac{1}{4}$ schedy. Zob. K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...*, s. 242.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 215.

wych polegających na obliczeniu wysokości przysługującej rezerwy, jak również części rozporządzalnej oraz porównaniu tych wartości z rozrządzeniami dokonanyimi przez spadkodawcę. Niezbędnym etapem tego procesu było określenie wartości masy majątkowej składającej się z dwóch elementów: majątku spadkodawcy istniejącego w chwili jego śmierci oraz doliczonych szczodroblewości⁷⁷. Od pierwszej ze wskazanych składowych, czyli od faktycznie istniejącego spadku, odejmowano wszelkie pasywa⁷⁸. Następnie, do otrzymanej różnicy, dodawano wartość wszystkich szczodroblewości dokonanych przez spadkodawcę, wspomnianych już powyżej, jako drugi element składowy masy majątkowej⁷⁹. Operację taką można przedstawić wzorem:

$$M_m = (M_i - P) + Sz$$

M_m – masa majątkowa

M_i – majątek istniejący

P – pasywa

Sz – szczodroblewości

Należy wspomnieć w tym miejscu, że w skład masy majątkowej wchodziły w zasadzie wszystkie darowizny oraz zapisy, bez względu na ich przedmiot oraz nabywcę. Wyjątek stanowiły zbycia pod tytułem obciążliwym polegające na tym, że spadkodawca przekazywał własność rzeczy, a w zamian nie otrzymywał kwoty pieniężnej lub innych przedmiotów oznaczanych co do gatunku, które zwiększyłyby jego majątek istniejący, lecz prawo do świadczenia okresowego, ewentualnie użytkowania zbywanej rzeczy⁸⁰. Czynność prawną tego rodzaju stanowiło m.in. zbycie pod obowiązkiem wypłacania renty dożywotniej. Umowa taka była charakterystyczna. Z jednej strony nie stanowiła szczodroblewości, gdyż zbywający spadkodawca otrzymywał świadczenie wzajemne, z drugiej jednak jego majątek nie powiększał się, ponieważ otrzymywane środki przeznaczone były najczęściej na bieżące potrzeby, tak jak w przypadku renty. Dlatego wartość przedmiotu takiej czynności prawnej w żaden sposób nie podlegała włączeniu do masy majątkowej. Odstępstwo od tego wyjątku stanowiło dokonanie zbycia pod tytułem obciążliwym przez spadkodawcę na rzecz jego spadkobiercy w linii prostej⁸¹. Istniało domniemanie prawne, zgodnie z którym umowę taką uważano za zmierzającą do ukrycia zwykłej darowizny. Dlatego przedmiot takiej czynności, jeżeli wskazane domniemanie nie zostało obalone odpowiednim dowodem, wliczano do masy majątkowej.

⁷⁷ M. Planiol, *op. cit.*, s. 225–228.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 234–235.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 228–229.

⁸¹ *Ibidem*, s. 229.

Wskazane powyżej obliczenia stanowiły podstawę dla dokładnego określenia wysokości rezerwy przysługującej uprawnionym spadkobiercom. Iloczyn masy majątkowej i ułamka odpowiadającego wysokości części obowiązkowej stanowił konkretną kwotę rezerwy. Pozostała wartość masy była częścią rozporządzalną. Po uzyskaniu tych danych konieczne było jeszcze zarachowanie doliczonych wcześniej szczodroblowości na poczet jednej z dwóch części: obowiązkowej lub rozporządzalnej⁸². Na rezerwę zaliczano jedynie podlegające zwrotowi zapisy i darowizny otrzymane przez spadkobiercę koniecznego. Jeżeli podmiot taki nie zrzekł się dziedziczenia *ab intestato*, jego tytuł do przedmiotu przysporzenia wygasł i przedmiot taki wchodził w skład masy majątkowej podlegającej podziałowi pomiędzy spadkobierców koniecznych. Towarzyszyło temu zaliczenie takiej szczodroblowości na poczet części obowiązkowej. Z kolei zapisy lub darowizny dokonane na rzecz spadkobiercy, który zrzekł się spadku, lub osoby obcej podlegały zarachowaniu na rzecz części rozporządzalnej. Jeżeli z dokonanej operacji wynikało, że zarachowane szczodroblowości przekraczają swoją wysokością część rozporządzalną, spadkodawca wykraczał swoimi rozrządzeniami poza granice tego, czym mógł dysponować. Jednocześnie więc naruszona była rezerwa spadkobierców koniecznych⁸³.

Wykroczenie przez spadkodawcę jego rozrządzeniami majątkowymi poza wysokość części rozporządzalnej stanowiło podstawę do wystąpienia ze skargą o zmniejszenie szczodroblowości, zgodnie z art. 920 KN⁸⁴. Żądanie takie przysługiwało spadkobiercom koniecznym, ale też ich osobistym wierzycielom, jednak nie wierzycielom spadkodawcy, jeżeli spadek został przyjęty z dobrodziejstwem inwentarza⁸⁵. W sytuacji gdy spadek przyjęto wprost, wierzyciele spadkodawcy stawali się wierzycielami spadkobiercy i wówczas przysługiwała im skarga o zmniejszenie szczodroblowości. Należy jednak pamiętać, że z zasady wierzycielom spadkodawcy przysługiwało pierwszeństwo zaspokojenia z majątku spadkowego przed zapisobiercami, dlatego zasadne było nieprzyznanie takim wierzycielom prawa do żądania zmniejszenia zapisów i darowizn,

⁸² *Ibidem*, s. 236–238.

⁸³ Tak opisaną operację rachunkową można przedstawić na przykładzie. Załóżmy, że w chwili śmierci spadkodawca dysponował kwotą w wysokości 120 000. Wcześniej przekazał on obcej osobie darowiznę opiewającą na 80 000. Spadkodawca miał dwóch synów: A oraz B i uczynił na rzecz A zapis o wartości 10 000. Masa majątkowa wynosi w tym przypadku łącznie 210 000 (120 000 + 80 000 + 10 000). Część obowiązkowa to 140 000 ($210\,000 \times \frac{2}{3}$), zaś część rozrządzalna to pozostałe 70 000. Zaliczenie darowizny dokonanej na poczet obcej osoby na rzecz części rozrządzalnej pokazuje, że spadkodawca przekroczył dopuszczalny zakres rozrządzeń o 10 000 (70 000 – 80 000). Bracia A i B dziedziczą, jako spadkobiercy konieczni, 120 000 istniejącego majątku. Nadto, przy założeniu, że brat A nie zrzeknie się spadku przypadającego z ustawy, do dzielonej przez zstępnych masy należy doliczyć jeszcze „powracające” 10 000 (wartość przedmiotu zapisu). W sumie więc na poczet rezerwy zalicza się 130 000. Zstępny nadal więc przysługuje brakujące 10 000. W związku z tym mają oni prawo do żądania obniżenia szczodroblowości obdarowanego o 10 000, o które przekroczona została część rozrządzalna.

⁸⁴ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...*, s. 215.

⁸⁵ M. Planiol, *op. cit.*, s. 239.

gdyż ich należności były już zabezpieczone przez prymat ich egzekwowania⁸⁶. W wyniku skutecznie złożonej skargi w pierwszej kolejności zmniejszeniu podlegały zapisy, a dopiero gdy ich wysokość była niewystarczająca, roszczenie kierowano przeciwko obdarowanemu⁸⁷. Co do zasady wszystkie legaty podlegały równocześnie obniżeniu w stosunku do ich wysokości. Wyjątek stanowiła sytuacja, gdy spadkodawca przyznał w testamencie danemu zapisowi pierwszeństwo zaspokojenia. Wówczas zapis taki był pierwotnie wyłączony z obniżenia, a sięgano do niego dopiero wtedy, gdy pozostałe nie były wystarczające do uzupełnienia rezerwy. Inna zasada obowiązywała odnośnie do obniżania darowizn dokonanych *inter vivos*. Decydowała tutaj kolejność przysporzeń, gdzie jako pierwsza redukcji ulegała darowizna dokonana najpóźniej⁸⁸. Przyjmowano, że dokonując pierwszych przysporzeń, spadkodawca działał jeszcze w granicach części rozporządzalnej i te darowizny winny pozostać nienaruszone. Któreś z kolejnych przysporzeń mogło już częściowo naruszać rezerwę i należało je obniżyć w tym zakresie, natomiast darowizny dokonane po nim realizowane były całkowicie z części obowiązkowej, dlatego konieczne było ich zupełne zniesienie⁸⁹. Podkreślić należy, że co do zasady zwrot przysporzenia następował w naturze⁹⁰. Jeżeli obdarowany dokonał zbycia przedmiotu darowizny, przekazywał on spadkobiercy koniecznemu kwotę pieniężną, jaką otrzymał w wyniku sprzedaży. W sytuacji gdy przedmiotem darowizny była nieruchomości, a obdarowany zbył ją, lecz mimo to był niewypłacalny w chwili otwarcia spadku, możliwe było kierowanie do nabywcy nieruchomości żądania o jej zwrot⁹¹. Mógł on jednak zwolnić się z tego obowiązku przez zapłacenie spadkobiercy obowiązkowemu kwoty, o jaką pomniejszona by została darowizna obdarowanego, gdyby ten był wypłacalny.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 240.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 240–244.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ W ramach przykładu załóżmy, że spadkodawca pozostawił po sobie jedną córkę będącą jego jedynym spadkobiercą obowiązkowym. Majątek istniejący w chwili otwarcia spadku opiewa na kwotę 50 000. Przez ostatnich pięć lat swojego życia spadkodawca czynił co roku darowiznę w wysokości 20 000 na rzecz podmiotu A. Tym samym łączna kwota dokonanych szkodroblewości to 100 000, a wartość masy majątkowej wynosi 150 000. Córcie spadkodawcy przysługuje 75 000 tytułem rezerwy (150 000 x ½). Dziedziczy ona *ex lege* 50 000 istniejącego majątku, a więc część obowiązkowa wymaga uzupełnienia o 25 000. W braku zapisów konieczne jest obniżenie darowizn. Zupełnie zniesiona więc zostanie ostatnia z dokonanych przez spadkodawcę darowizn w wysokości 20 000, natomiast przysporzenie o rok wcześniejsze obniżone zostanie o 5000, z 20 000 na 15 000. Poprzedzające je darowizny pozostaną nienaruszone, ponieważ pokrywane one były z majątku rozporządzalnego.

⁹⁰ Uwaga ta dotyczy naturalnie stanu prawnego oraz praktyki, jaka obowiązywała dawniej, m.in. w czasach istnienia Księstwa Warszawskiego. Na marginesie warto wspomnieć, że obecnie we Francji regulacja ta przedstawia się już nieco inaczej. Za sprawą nowelizacji francuskiego kodeksu cywilnego, która weszła w życie dnia 1 stycznia 2007 r. spadkobiercy przysługuje w pierwszym rzędzie roszczenie o wyrównanie w pieniądzu. Jedynie odnośnie do przedmiotów, które spadkodawca przekazał w ramach czynności *inter vivos*, jeżeli nadal one istnieją i nie są obciążone, można żądać zwrotu w naturze. Zob. P. Książak, *op. cit.*, s. 33.

⁹¹ M. Planiol, *op. cit.*, s. 247.

Powyższe uwagi dotyczące zagadnienia egzekwowania uprawnień spadkobiercy obowiązkowego z tytułu rezerwy kończą opis systemu części obowiązkowej w regulacji cywilnej Księstwa Warszawskiego. Warto nadmienić, że przedstawiona instytucja, zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym oraz proceduralnym nie odbiega znacznie od tego, jak ukształtowana jest obecnie rezerwa we francuskim prawie cywilnym. Większość powyższych spostrzeżeń można z powodzeniem odnieść do współczesnej regulacji *code civile*⁹². W kolejnym rozdziale przedstawione zostaną rodzime modyfikacje wprowadzone do systemu rezerwy obowiązującego na ziemiach polskich oddalające go od pierwotnego, francuskiego modelu.

4. Rezerwa w Królestwie Polskim (1815–1918)

Militarna i polityczna klęska Napoleona Bonapartego oraz utrata przez Francję hegemonii w Europie skutkowały także upadkiem Księstwa Warszawskiego. W jego miejsce, w wyniku postanowień kongresu wiedeńskiego utworzone zostało Królestwo Polskie, będące w istocie kolejnym bytem politycznym uzależnionym od obcego mocarstwa, tym razem Cesarstwa Rosyjskiego, z którym połączone było unią personalną. Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego przewidywała w art. 165 zniesienie tylko tych praw i ustaw obowiązujących wcześniej na ziemiach nowopowstałego państwa, które sprzeczne byłyby z samą konstytucją⁹³. Tym samym utrzymywany był w mocy Kodeks Napoleona jako powszechne źródło prawa cywilnego. Za zachowaniem tej regulacji optował zresztą sam cesarz Aleksander I, który pragnął być postrzegany jako nowoczesny europejski władca, a nadto planował również wprowadzenie w Cesarstwie Rosyjskim ustawy cywilnej wzorowanej na francuskiej. Królestwo Polskie pełniło więc w tym zakresie rolę pola do eksperymentu. Równoległe, od roku 1815 działała Komisja Kodeksowa, której zadaniem było przygotowanie projektów kodeksów narodowych. Odkładano jednak zmiany w regulacji cywilnej⁹⁴. Po powierzeniu w roku 1818 roli redaktora projektu kodeksu cywilnego Antoniemu Bieńkowskiemu i przygotowaniu przez niego odpowiedniego materiału ustawodawczego ukazała się odezwa ministra sekretarza stanu, która nakazywała ograniczenie do niezbędnego minimum zmian w obowiązujących przepisach Kodeksu Napoleona⁹⁵. Projekt Bieńkowskiego został odrzucony, a Aleksander I po-

⁹² Należy przy tym uwzględnić oczywiście najistotniejsze nowelizacje *code civile*, które dotyczyły systemu części obowiązkowej. Patrz przypisy: 61, 74 oraz 89, nakreślające ważniejsze zmiany w prawie francuskim.

⁹³ Z. Stankiewicz, *Królestwo Polskie*, [w:] J. Bardach, M. Senkowska-Gluck (red.), *Historia państwa i prawa Polski. Tom III. Od rozbiorów do uwłaszczenia*, PWN, Warszawa 1981, s. 230.

⁹⁴ K. Sójka-Zielińska, *Księstwo...*, s. 151.

⁹⁵ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego z 1825 r.*, [w:] J. Bardach, M. Senkowska-Gluck (red.), *Historia państwa i prawa Polski. Tom III. Od rozbiorów do uwłaszczenia*, PWN, Warszawa 1981, s. 500.

wołał deputację do przygotowania ustawodawstwa cywilnego i karnego, choć w rzeczywistości, odnośnie do prawa prywatnego, miała ona jedynie wprowadzić zmiany w obowiązujących już przepisach KN. Ostatecznie, w roku 1825, uchwalona została księga I Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego (dalej KCKP), do której, ze względu na potrzebę przyspieszenia prac, dołączono także zaczerpnięty z Kodeksu Napoleona i nieco przerobiony tytuł V księgi III: „o ustrojach majątkowych małżeńskich”⁹⁶. Jednocześnie uchylone zostało obowiązywanie całej księgi I KN oraz tytułu V i XVIII księgi III KN. W pozostałym zakresie obowiązywały nadal bezpośrednio przepisy Kodeksu Napoleona. Powstała więc swoista hybryda regulacji francuskiej z pewnymi modyfikacjami przewidzianymi w KCKP. Odnośnie do prawa spadkowego w Królestwie Polskim nadal obowiązywał system rezerwy przewidziany w art. 913-930 KN, jednak poszczególne przepisy KCKP wprowadziły w nim objętościowo niewielkie, lecz istotne zmiany, co opisane zostało poniżej.

Jak już wspomniano w poprzednim rozdziale, Kodeks Napoleona w swojej pierwotnej treści praktycznie pomijał małżonka spadkodawcy w przedmiocie uprawnień spadkowych. Nie był on bowiem uznawany za dziedzica porządkowego przy spadkobranii *ab intestato*, a więc dziedziczył majątek spadkodawcy dopiero w braku dzieci naturalnych oraz wstępnych do dwunastego stopnia włącznie⁹⁷. Nie miał także prawa do rezerwy⁹⁸. Stopniowa poprawa jego sytuacji we francuskim prawie spadkowym następowała na przełomie XIX i XX w., a w głównej mierze dopiero w XXI wieku. Tymczasem polski ustawodawca tworząc KCKP zagwarantował małżonkowi spadkodawcy dalece szersze uprawnienia spadkowe już w 1825 r. Podyktowane to było przede wszystkim wolą zabezpieczenia wdowy po spadkobiercy i stanowiło konsekwencję słusznie uwzględnionej przez ustawodawcę sytuacji i struktury majątkowej społeczeństwa Królestwa Polskiego. Na ziemiach polskich było zdecydowanie mniej niż we Francji fortun rodowych, akumulowanych z pokolenia na pokolenie. Częściej to właśnie małżonkowie dopiero budowali wspólnie swój majątek. Dlatego pozbawienie, zazwyczaj wdowy, jakiegokolwiek przysporzenia ze schedy, którą ona współtworzyła, byłoby wysoce krzywdzące, a nadto skutkowałoby pozbawieniem jej dostępu do niezbędnych środków utrzymania⁹⁹. Wdowa taka lub wdowiec byłiby uzależnieni od dobrej woli spadkobierców. Warto nadmienić, że wprowadzona regulacja stanowiła także nawiązanie do zwyczaju narodowego¹⁰⁰. Prze-

⁹⁶ *Ibidem*, s. 501.

⁹⁷ W. Nowakowski, *Kodeks Cywilny Polski z 1825 r. O prawach małżonka przy życiu pozostałego do majątku współmałżonka zmarłego*, [w:] C. Demolombe, *O spadkach*, Księgarnia E. Wendego i Spółki, Warszawa 1900, s. 186.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Według prawa ziemskiego stosowanego pośród szlachty małżonkowie niedziedziczący po sobie zapisywali sobie nawzajem prawo dożywotniego użytkowania na całym majątku. Z kolei w rodzinach miesz-

słanki te zadecydowały o wprowadzeniu do KCKP przepisów determinujących uprawnień spadkowego pozostałego przy życiu małżonka.

Rozważania na ten temat należy rozpocząć od przedstawienia tematyki zbiegu uprawnień małżonka spadkodawcy oraz zstępnych. Zgodnie z art. 232 KCKP: „Małżonkowi przy życiu pozostałemu, należy się po współmałżonku zmarłym część spadku, równa części, jaka na każde dziecko przypada, licząc pozostałego małżonka przy podziale spadku za jedno dziecko i zostawiając onemuż wybór między częściami. Część na małżonka przypadła, służyć mu tylko będzie do użytkowania dożywotniego”¹⁰¹. Dodatkowe zabezpieczenie uprawnień pozostałego przy życiu małżonka konstytuował art. 235 KCKP: „Małżonek nie może czynić szkodliwości przez akta między żyjącymi, albo przez testament, któremiby prawo współmałżonka przy życiu pozostałego, w art. 232 i 233 oznaczone, więcej jak o połowę ograniczeniem zostało”¹⁰².

Powyższa regulacja *prima facie* może wydawać się prosta i logiczna. W praktyce jednak wzbudziła ona wiele wątpliwości i stanowiła wielokrotnie przedmiot dogłębnej analizy doktryny, zwłaszcza w XIX i na początku XX wieku. Główny dylemat dotyczył sposobu interpretacji zasady, że małżonka przy podziale spadku liczy się za jedno dziecko. Część badaczy, na czele z F. Flammem, uznało, że wdowę lub wdowca należy traktować jako kolejnego, niejako dodatkowego zstępnego. F. Flamm opisywał to w ten sposób: „jeśli istnieje jedno, dwoje, troje i t.p. dzieci, małżonek otrzyma na użytkowanie połowę, trzecią, czwartą część i t.p.”¹⁰³. Widać więc, że małżonek wstępuje przy takiej interpretacji przepisu w rolę kolejnego podmiotu biorącego udział w podziale. Jest to koncepcja, która już na tym etapie objawia pewną wadliwość. Skoro małżonek otrzymuje część majątku tylko w dożywotnie użytkowanie, to w rzeczywistości cała masa spadkowa winna być dzielona pomiędzy zstępnych, jako spadkobierców *ab intestato*, a wdowa lub wdowiec uzyskuje tylko ograniczone prawo rzeczowe na części schedy każdego z nich. Jeszcze większy problem dotyczy wyznaczenia części obowiązkowej. Małżonek, traktowany jako kolejny zstępny, ograniczałby prawo do rezerwy przysługujące dzieciom. W przypadku jednego zstępnego, rezerwa, zgodnie z art. 913 KN, wynosi 1/2, ale uznanie wdowy lub wdowca za dodatkowe dziecko sprawia, że rzeczywisty zstępny uzyskuje tylko 1/3 majątku, czyli połowę z 2/3 przysługujących jako część obowiązkowa dwojgu zstępnych. Prowadziłoby to do tego, że przepisy KCKP stałyby w sprzeczności z regulacją Kodeksu Napoleona.

czańskich, zgodnie z prawem chełmińskim, małżonków obowiązywała wspólność majątkowa, zaś po śmierci jednego z nich połowę majątku otrzymywała żona lub mąż, a resztę pozostali spadkobiercy. Zob. W. Nowakowski, *op. cit.*, s. 186–187.

¹⁰¹ J. Walewski, *Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego objaśniony motywami do prawa i jurysprudencją*, Drukarnia Józefa Bergera, Warszawa 1872, s. 99.

¹⁰² *Ibidem*, s. 103.

¹⁰³ F. Flamm, *O prawach spadkowych dziecka naturalnego, niemniej o zbiegu małżonka ze spadkobiercami porządkowymi, tudzież z krewnymi naturalnymi małżonka*, wyd. H. Natanson, Warszawa 1865, s. 9.

Część jurystów, w tym W. Nowakowski, przedstawiała inną koncepcję. Zgodnie z nią małżonka nie traktuje się jako kolejnego zstępnego, lecz jedynie otrzymuje on w dożywocie taką część masy spadkowej, jaka w podziale przypadła na jedno dziecko¹⁰⁴. W praktyce miałyby to wyglądać w następujący sposób: „Z tego powodu przy układaniu działów należy od razu wyznaczyć schedy dzieci, tak jakby nie było małżonka i dopiero na każdej schedzie następnie oznaczyć, jaka jej część jest poddana dożywociu”¹⁰⁵. Tak samo należało postąpić przy dziedziczeniu rezerwy, w przypadku gdy część rozporządzalna została rozdysponowana przez spadkodawcę. Jeżeli legitymę dziedziczył tylko jeden zstępny, to jej połowa przypadała w użytkowanie pozostałemu przy życiu małżonkowi. Gdy dzieci było dwoje, wdowa lub wdowiec mieli prawo do $\frac{1}{3}$ ich rezerwy. Przy trojgu zstępnych małżonek użytkował dożywotnio $\frac{1}{4}$ części obowiązkowej. Rozwiązanie to automatycznie zapewnia także, że nienaruszone zostaną uprawnienia pozostałego przy życiu małżonka wynikające z art. 235 KCKP. Już część obowiązkowa przysługująca zstępnym gwarantuje, że przysporzenia wdowy lub wdowca nie będą mogły być zmniejszone o więcej niż połowę w stosunku do tego, z czego małżonek korzystałby przy pełnym dziedziczeniu *ab intestato*. W najgorszym wypadku, gdy dziedziczył jeden zstępny, spadkodawca mógł rozporządzić swobodnie $\frac{1}{2}$ majątku, tym samym niwelując uprawnienia małżonka właśnie o połowę i mieszcząc się w granicach wyznaczonych w art. 235 KCKP.

Wydaje się, że bardziej przekonująca jest druga koncepcja, prezentowana przez W. Nowakowskiego. Gwarantuje ona pełną zgodność postanowień KCKP z regulacją Kodeksu Napoleona w przedmiocie systemu rezerwy, a nadto technicznie i rachunkowo upraszcza całe zagadnienie.

Zgodnie z art. 233 KCKP, gdy spadkodawca nie pozostawił zstępnych, małżonkowi przysługiwała w zbiegu z krewnymi do IV stopnia $\frac{1}{4}$ schedy na własność, zaś w zbiegu z dalszymi krewnymi $\frac{1}{2}$ majątku spadkowego¹⁰⁶. Odnośnie do części obowiązkowej przepis ten należy stosować w związku z art. 235 KCKP, zgodnie z którym rozporządzenia spadkodawcy nie mogą naruszać więcej niż $\frac{1}{2}$ uprawnień pozostałego przy życiu małżonka do dziedziczenia *ab intestato*. Inaczej niż w przypadku zbiegu ze zstępnymi, rezerwa wdowy lub wdowca nie zależy od uprawnień podmiotów, z którymi małżonek bierze udział w spadkobranii, lecz ma charakter odrębny i występuje niejako obok legitymy krewnych do IV stopnia lub dalszych. W zbiegu z obojgiem rodziców spadkodawcy występowały dwa odrębne tytuły rezerwy dla dwóch osobnych kategorii podmiotów, wynikające z różnych aktów prawnych. Wstępnym przysługiwała część obowiązkowa

¹⁰⁴ W. Nowakowski, *op. cit.*, s. 200.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ J. Walewski, *op. cit.*, s. 93.

w wysokości $\frac{1}{2}$ masy spadkowej, zgodnie z art. 915 KN, zaś małżonkowi $\frac{1}{8}$ schedy na podstawie art. 233 w zw. z art. 235 KCKP¹⁰⁷. Wskazane przepisy obowiązywały równoległe, uzupełniając się, a nie wykluczając. Dlatego w takiej sytuacji spadkodawca mógł swobodnie dysponować tylko $\frac{3}{8}$ swojego majątku. W zbiegu praw małżonka oraz rodzzeństwa spadkodawcy część obowiązkowa przysługiwała tylko małżonkowi, bowiem ani Kodeks Napoleona, ani KCKP nie przyznawały krewnym bocznym rezerwy. Spadkodawca mógł więc rozrządzić zgodnie ze swoją wolą aż $\frac{7}{8}$ majątku. W sytuacji gdy do spadku dochodziła wdowa lub wdowiec oraz krewny powyżej IV stopnia, najprawdopodobniej więc daleki kuzyn, małżonek dziedziczył *ab intestato* $\frac{1}{2}$ masy spadkowej, czyli jego część obowiązkowa wynosiła $\frac{1}{4}$ masy¹⁰⁸. Dopiero w braku jakichkolwiek innych krewnych małżonek dziedziczył cały majątek.

Opisując modyfikacje, jakie we francuskim systemie rezerwy poczyniły przepisy KCKP nie można nie wspomnieć o zmianach w kodeksowych przyczynach niezdolności do dziedziczenia, ponieważ niezdolność taka skutkowałą też niedziedziczeniem części obowiązkowej. Najistotniejsze w tym zakresie wydaje się zniesienie przez polski kodeks instytucji śmierci cywilnej, która w ustawodawstwie francuskim bezwzględnie pozbawiała prawa do spadkobrania¹⁰⁹. Sama koncepcja śmierci cywilnej spotkała się w Królestwie Polskim z bardzo ostrą krytyką, zwłaszcza ze względu na to, że w wysokim stopniu komplikowała ona sytuację osób trzecich¹¹⁰. Dlatego KCKP wprowadził w miejsce drastycznej, francuskiej sankcji instytucję ubezwłasnowolnienia, która pozbawiała skazanego własnej woli, ale nie wyzuwała go z praw podmiotowych (art. 21 KCKP)¹¹¹. Wydaje się więc, że osobie ubezwłasnowolnionej rezerwa przysługiwała. Na marginesie można wspomnieć, że art. 10 KCKP głosił: „Osoby ślubami duchownymi w kraju niezakazanymi zobowiązane, o tyle praw cywilnych używać będą, o ile im też śluby używania takowego pozwalają”¹¹². Dlatego osoby, które ślubowały ubóstwo, np. zakonnice, nie miały prawa do sukcesji, tym samym nie mogły dziedziczyć części obowiązkowej. Była to dodatkowa podstawa niezdolności do spadkobrania, niewystępująca w prawie francuskim. Kodeks przyznawał także początkowo spadkodawcy możliwość obniżenia o połowę części obowiązkowej przysługującej zstępniemu, który zawarł

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 92.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 93.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 22.

¹¹⁰ Mowa tutaj chociażby o tym, że ze względu na pozbawienie danej osoby podmiotowości prawnej, automatycznie rozwiązaniu ulegał jej związek małżeński. Z kolei dzieci urodzone po skazaniu stawały się nieprawe. Powstawała też fikcja prawna odnośnie do momentu otwarcia spadku, gdyż dziedziczyły osoby uprawnione w chwili śmierci cywilnej, a nie faktycznej śmierci osoby fizycznej. Zob.: K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Cywilny...*, s. 502.

¹¹¹ J. Walewski, *op. cit.*, s. 21.

¹¹² *Ibidem*, s. 15.

związek małżeński bez zezwolenia¹¹³, zgodnie z art. 255 KCKP, uchylonym w roku 1836 odrębną ustawą – prawo o małżeństwie¹¹⁴.

Powyższe uwagi tworzą pełen obraz modyfikacji wprowadzonych na mocy KCKP do klasycznego, francuskiego systemu rezerwy. Zmiany te, choć objętościowo niewielkie, były jakościowo istotne. W niektórych aspektach stanowiły one unowocześniające instytucję *novum*. Warto wskazać tu przede wszystkim zagwarantowanie rezerwy pozostałemu przy życiu małżonkowi spadkodawcy, czym polski ustawodawca wyprzedził francuskiego o ponad 150 lat. Stanowi to fenomen. Krokiem naprzód było także uchYLENIE skrajnie restrykcyjnej instytucji śmierci cywilnej. Z drugiej strony regulacje takie jak pozbawienie prawa do sukcesji osób duchownych związanych ślubami ubóstwa świadczą o nadzwyczajnym związku państwa z Kościołem, co ze współczesnej perspektywy może budzić sprzeciw. Także zagadnienie prawa do rezerwy dzieci naturalnych nie zostało w pełni rozstrzygnięte w polskiej cywilistyce tamtych czasów, ponieważ nowelizacja Kodeksu Napoleona z 1891 r. z przyczyn oczywistych nie objęła już ziem polskich. Konkludując, należy jednak ocenić pozytywnie wysiłek ustawodawcy Królestwa Polskiego włożony w dostosowanie instytucji części obowiązkowej do rodzimych warunków i potrzeb.

5. Rezerwa na ziemiach polskich po odzyskaniu niepodległości. Prace kodyfikacyjne

W roku 1918 zakończył się okres zaborów. Odrodzone państwo było wprawdzie zjednoczone terytorialnie, jednak w poszczególnych dzielnicach nadal obowiązywały pozaborowe regulacje prawne. Na ziemiach centralnych stosunki cywilne kształtowane były przez Kodeks Napoleona oraz Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego. Przez cały okres II RP nie doszło do zunifikowania i skodyfikowania przepisów prawa spadkowego, choć dążono do tego. Tym samym w dzielnicy centralnej kontynuowana była tradycja rezerwy. Instytucja ta była ukształtowana w dokładnie taki sposób, jak opisano to w poprzednich rozdziałach. Dlatego w tym rozdziale tak niewiele miejsca poświęcone jest cywilnemu stanowi prawnemu rzeczywiście obowiązującemu na ziemiach centralnych RP w latach 1918–1939, ponieważ w przypadku prawa spadkowego stanowi on *nihil novi* w stosunku do regulacji zaborowej. Interesującym zagadnieniem są natomiast prace kodyfikacyjne podejmowane w II RP. Ich opis pozwala odpowiedzieć na pytanie, czy system części obowiązkowej był obecny na terenie Polski po roku 1918 tylko w faktycznej, pozaborowej regulacji prawnej, czy też stanowił on element wizji prawa spad-

¹¹³ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Cywilny...*, s. 508.

¹¹⁴ J. Walewski, *op. cit.*, s. 98.

kowego podzielanej przez najznajmniejszych prawników tamtego okresu. Innymi słowy, czy rezerwa była tylko instytucją w głównej mierze narzuconą z zewnątrz, czy stanowiła jednak fragment także polskiej kultury prawnej.

Na wstępie należy poczynić kilka uwag na temat organizacji procesu unifikacji i kodyfikacji prawa cywilnego w II RP. Dnia 3 czerwca 1919 r., a więc niespełna rok po odzyskaniu niepodległości podjęta została uchwała powołująca Komisję Kodyfikacyjną¹¹⁵. Dnia 10 listopada 1919 r. odbyło się pierwsze, inauguracyjne zebranie tego podmiotu. W latach 1919–1928 prezydentem Komisji był F.X. Fierich, pomiędzy zaś rokiem 1932 a 1939 funkcję tę pełnił B. Pohorecki. Regulamin Komisji określał jej organizację wewnętrzną, która początkowo była dość rozbudowana. Podmiot ten dzielił się na dwa wydziały: cywilny oraz karny, a każdy z nich jeszcze na sekcje. W wydziale cywilnym znajdowała się sekcja cywilna, handlowa i procedury cywilnej¹¹⁶. Z czasem, dla usprawnienia procesu stanowienia projektów prawodawczych, organizacja Komisji i przebieg wewnętrznych prac podlegały coraz większym uproszczeniom¹¹⁷.

Kodyfikacja prawa spadkowego początkowo miała mieć charakter priorytetowy. Już na sesji Sekcji Prawa Cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej, która odbyła się pomiędzy 20 listopada a 11 grudnia 1920 r., wysłuchani zostali dwa referenci: H. Konic oraz S. Wróblewski, a następnie uchwalono dyrektywy, zgodnie z którymi złożony miał być projekt ustawy prawo spadkowe¹¹⁸. Ostatecznie referentem został H. Konic. W roku 1924 odłożono możliwość przyjęcia przez Komisję Kodyfikacyjną projektu prawa spadkowego. Prawdopodobnie oczekiwano na zajęcie przez parlament stanowiska w przedmiocie oczekiwanego kierunku reformy. Rok 1926 przyniósł powołanie Podkomisji przygotowawczej prawa spadkowego, która wkrótce przekształcona została w Podkomisję prawa rodzinnego i spadkowego¹¹⁹. Nadal jednak bardzo ostrożnie podchodzono do kwestii uchwalenia projektu prawa spadkowego. Niemniej, w swej wypowiedzi przygotowanej z okazji dziesięciolecia Polski Odrodzonej, prezydent Komisji F.X. Fiedrich stwierdził, że „Projekt ustawy o prawie spadkowym w ogólności” autorstwa H. Konica był już przedmiotem obrad licznych posiedzeń Podkomisji¹²⁰. W roku 1933, wraz z ko-

¹¹⁵ Z. Radwański, *Prawo cywile i proces cywilny*, [w:] F. Ryszko (red.), *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*. Cz. 2, PWN, Warszawa 1968, s. 149.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Zmiana regulaminu Komisji Kodyfikacyjnej w roku 1924 zniósła istniejące do tej pory wydziały. Komisja miała od tej pory składać się wyłącznie z sekcji i podsekcji oraz podkomisji przygotowawczych. Z kolei w roku 1932 organizacja wewnętrzna tego podmiotu została całkowicie uproszczona. Na mocy nowych postanowień regulaminu Komisja składała się wyłącznie z podkomisji, a te z kolei nie mogły mieć więcej niż 6 członków. Zob.: *ibidem*.

¹¹⁸ L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Kolonia Limited, Wrocław 2000, s. 269.

¹¹⁹ *Ibidem*, s. 270.

¹²⁰ *Ibidem*.

lejnym przeorganizowaniem Komisji Kodyfikacyjnej, powołano odrębną Podkomisję Prawa Spadkowego¹²¹. Wkrótce potem zmarł twórca dotychczasowych projektów, H Konic. Jego miejsce, jako referenta, zajął wówczas S. Wróblewski. Początkowo przedstawił on Podkomisji jedynie ważniejsze zasady, na jakich oprzeć miał się projekt prawa spadkowego. Dopiero w listopadzie 1937 r. przedłożył pierwszą część projektu, zawierającą sto artykułów oraz uzasadnienie¹²². Przyjęty przez Podkomisję fragment regulacji został jednak opublikowany już przez K. Przybyłowskiego, ponieważ w 1938 r. S. Wróblewski zmarł. Sam Przybyłowski zdążył jeszcze przygotować dwadzieścia też dotyczących prawa spadkowego oraz początek uzasadnienia projektu¹²³. Połowa z tych też uchwalona została przez Podkomisję na początku maja 1939 r.¹²⁴ Dalsze prace nad kodyfikacją prawa spadkowego stały się niemożliwe wraz z wybuchem II wojny światowej we wrześniu 1939 r.

Przedstawwszy powyżej zarys procesu kodyfikacji prawa spadkowego w II RP¹²⁵, należy przejść do sedna problemu i wskazać, którzy autorzy projektów ustawodawczych, dotyczących prawa spadkowego, opowiadali się za wprowadzeniem systemu części obowiązkowej, a którzy byli mu przeciwni. Uwagi te nie mogą być poczynione w oderwaniu od naczelnej idei, jaka według poszczególnych jurystów powinna przyświecać prawu sukcesji. Jak już wskazano we wstępie niniejszego artykułu, można zgodzić się z cywilistyką francuską i uznać, że naczelną rolę w spadkobranii odgrywa ustawa, która sankcjonuje prawo krewnych do majątku spadkodawcy. Rozrządanie majątkiem przez testatora ma natomiast charakter uboczny i dopuszczalne jest tylko o tyle, o ile zezwala na to prawo. Inny pogląd, kojarzony obecnie głównie z regulacją cywilną państw niemieckojęzycznych, choć tak naprawdę znajduje on swoje korzenie już w prawie rzymskim, głosi, że to swoboda testowania jest wartością nadrzędną. Dopiero kiedy spadkodawca nie rozporządził swoim mieniem, ustawa niejako zastępuje jego wolę. Oczywiście pierwszy ze wskazanych poglądów wiąże się z instytucją rezerwy, drugi zaś dotyczy zachowku. Pierwszy z referent Podkomisji, H. Konic, akcentował prymat dziedziczenia ustawowego nad testamentowym, godząc najwyraźniej się z poglądem francuskim, że: „tylko Bóg może ustanowić spadkobierców”¹²⁶. Przewidywał on, że zstępny, małżonkowi, a w braku zstępnych także wstępny spadkodawcy przysługiwać będzie część obowiązkowa w wysokości ½ tego, co przysługiwałoby im przy dziedziczeniu *ab inte-*

¹²¹ *Ibidem*, s. 271.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, s. 272.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ W celu szerszego zapoznania się z zagadnieniem unifikacji i kodyfikacji prawa cywilnego w II RP konieczne jest skorzystanie z przywoływanej już powyżej pozycji autorstwa Prof. Leonarda Górnickiego (L. Górnicki, *Prawo cywilne...*) oraz wskazanych tam tekstów źródłowych.

¹²⁶ *Ibidem*, s. 287.

*stato*¹²⁷. Tak opisany udział w masie spadkowej dziedziczony byłby *ex lege*, a sam spadkodawca nie mógłby go naruszyć swoimi rozrządzeniami. Regulacja taka konstytuowałaby system rezerwy, choć sam H. Konic wprost go tak nie nazywał. Inny pogląd reprezentował kolejny referent Podkomisji, S. Wróblewski. Uznawał on, że wiodącą rolę w spadkobranii powinna odgrywać swoboda testowania. Tym samym ostatnia wola spadkodawcy winna mieć pierwszeństwo przed regulacją ustawową. Dlatego uważał on, że system zachowku jest wystarczającym zabezpieczeniem interesów majątkowych członków najbliższej rodziny spadkodawcy, którzy mogli żądać zapłaty ½ wartości tego, co dziedziczyliby z mocy ustawy¹²⁸. Nadto, projekt Wróblewskiego restrykcyjnie ograniczał możliwość uzyskania prawa do zachowku. Miało ono przysługiwać tylko tym uprawnionym do dziedziczenia zstępnym oraz małżonkowi, którzy przyczynili się swoją pracą do utrzymania lub powiększenia majątku spadkodawcy¹²⁹. Można więc dojść do wniosku, że Wróblewski właściwie nie akceptował koncepcji, zgodnie z którą więzy krwi mają jednoznaczny wpływ na dziedziczenie. Uprawnienie do zachowku zasadzać miałyby się właściwie na tym, że dany członek rodziny brał udział w tworzeniu rodzinnego majątku. Nieuczciwe byłoby więc pozbawianie go dostępu do współtworzonych przez niego środków finansowych. W odwrotnej sytuacji, gdy małżonek lub zstępny nie przyczynił się do powiększenia lub utrzymania majątku spadkodawcy, nie miał prawa kierować roszczenia o zapłatę zachowku. Jest to więc rozwiązanie nie tylko podkreślające autonomię woli testatora, ale też skrajnie pragmatyczne, opierające się w zasadzie na przesłankach ekonomicznych, a nie aksjologicznych. Jakby w opozycji do niego zupełnie inną koncepcję przedstawiał K. Przybyłowski. Ostatni z referentów Podkomisji był zwolennikiem systemu rezerwy i postulował wprowadzenie go w polskim prawie spadkowym¹³⁰. Głównym argumentem mającym przemawiać za instytucją części obowiązkowej był fakt, że najlepiej chroni ona interesy majątkowe członków rodziny spadkodawcy. Konstatacji takiej nie da się zaprzeczyć. Propozycje K. Przybyłowskiego zakładały więc, że dobro rodziny jest istotniejsze od swobody testowania i autonomii woli spadkodawcy.

Powyższy zarys poglądów twórców projektów prawa spadkowego z okresu II RP wskazuje w pełni, że system rezerwy był obecny w dyskursie prawnym pomiędzy 1919 a 1939 r. Można więc zaryzykować twierdzenie, że instytucja części obowiązkowej stanowiła element kultury prawnej Rzeczypospolitej. Była ona brana poważnie pod uwagę w procesie kodyfikacyjnym, a w niektórych okresach wręcz przeważała nad systemem zachowku.

¹²⁷ *Ibidem*, s. 293.

¹²⁸ *Ibidem*, s. 301.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 307; K. Przybyłowski, *op. cit.*, s. 10.

System rezerwy nie powrócił już do Polski po zakończeniu II wojny światowej. Dekret z dnia 8 października 1946 r., Prawo Spadkowe, przewidywał instytucję zachowku jako element regulacji chroniący interesy najbliższych członków rodziny spadkodawcy. System ten zastosowany też został w obowiązującym do dziś kodeksie cywilnym. Zagadnienie, w jakim stopniu instytucja rezerwy była uwzględniana w toku prac unifikacyjnych i kodyfikacyjnych nad prawem spadkowym po 1945 r., stanowi odrębny problem badawczy, który należałoby przeanalizować, głównie na podstawie tekstów źródłowych. Jest to kwestia przekraczająca zakres niniejszego artykułu.

6. Zakończenie

Wydaje się, że cel niniejszego artykułu, wskazany we wstępie, został zrealizowany. Niewątpliwie udało się udowodnić, że rezerwa stanowiła element polskiej kultury prawnej i nadal nie należy jej tracić z pola widzenia. Można stwierdzić, że instytucja ta przeszła na ziemiach polskich swego rodzaju ewolucję: od regulacji narzuconej z zewnątrz, przez okres jej modyfikowania i dostosowywania do rodzimych potrzeb oraz oczekiwań, aż do stania się stałym elementem polskiej doktryny, poważnie rozważanym przy kształtowaniu narodowego ustawodawstwa. Wyraźnie więc zauważa się tutaj pewne continuum. Jakkolwiek pod względem ustawowym zostało ono przerwane po II wojnie światowej, to doktryna i nauka nadal mogą, a nawet powinny, czerpać w tym przedmiocie z doświadczeń dawnej cywilistyki. Zagadnienie nowelizacji prawa spadkowego jest bowiem otwarte. Odpowiedź na pytanie, czy system części obowiązkowej powinien wrócić do polskiej ustawy cywilnej, jest nader trudna do udzielenia. Oczywiście w pierwszej kolejności należałoby rozważyć wady i zalety analizowanej instytucji, które zostały już wskazane w rozdziale poświęconym ogólnej charakterystyce systemu rezerwy. Nadto trzeba uwzględnić, że instytucja części obowiązkowej opiera się na zupełnie innym podłożu ideowym niż współczesna regulacja polskiego kodeksu cywilnego, która na piedestale stawia swobodę testowania i autonomię woli spadkodawcy. Pogodzenie tych wartości z systemem rezerwy, którego istotą jest głęboka ingerencja w prawo rozporządzania własnym majątkiem, mogłoby okazać się niemożliwe. Konieczna byłaby więc kompleksowa nowelizacja prawa spadkowego, co wiązałoby się z ogromnym trudem legislacyjnym i obecnie jest raczej mało prawdopodobne. Nie było jednak celem tego artykułu rozstrzygnięcie ewentualnych wątpliwości ustawodawcy, lecz przybliżenie współczesnemu Czytelnikowi systemu, który przez wiele lat obowiązywał na ziemiach polskich. Zapoznanie się z tak istotną dla polskiej cywilistyki instytucją ma nie tylko walor poznawczy pod względem historycznoprawnym, ale też pozwala z szerszej perspektywy spojrzeć na współczesną regulację prawa spadkowego.

Bibliografia

Źródła

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380).
Code Civil, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [dostęp: 12.02.2018].
Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/78267/PAd_16854.pdf [dostęp: 12.02.2018].

Literatura

- Borysiak W., *Ochrona członków rodziny spadkodawcy na tle historycznoprawnym i prawnoporównawczym*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2008, nr 8/2.
Dziadzio A., *Powszechna historia prawa*, PWN, Warszawa 2008.
Flamm F., *O prawach spadkowych dziecka naturalnego, niemniej o zbiegu małżonka ze spadkobiercami porządkowymi, tudzież z krewnymi naturalnymi małżonka*, wyd. H. Natanson, Warszawa 1865.
Górnicki L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.
Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe w zarysie*, PWN, Warszawa 1985.
Gwiazdomorski J., *Rezerwa czy zachówek?*, „Prawo i Życie” 1959, Nr 12.
Kordasiewicz B., *Zachówek*, [w:] B. Kordasiewicz (red.), *System Prawa Prywatnego, t. 10. Prawo spadkowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
Kosik J., *Zachówek*, [w:] J.S. Piątownski (red.), *System Prawa Cywilnego*, Ossolineum, Wrocław 1985.
Książak P., *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, LexisNexis, Warszawa 2012.
Nowakowski W., *Kodeks Cywilny Polski z 1825 r. O prawach małżonka przy życiu pozostałego do majątku współmałżonka zmarłego*, [w:] C. Demolombe, *O spadkach*, Księgarnia E. Wendego i Spółki, Warszawa 1900.
Piątownski J.S., *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1979.
Planiol M., *Podręcznik do prawa cywilnego: o darowiznach i testamentach*, F. Hoesick, Warszawa 1922.
Płaza S., *Historia prawa w Polsce na tle prawnoporównawczym. Cz. 2, Polska pod zaborami*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2002.
Przybyłowski K., *Rezerwa czy zachówek?*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1939, nr 9.
Radwański Z., *Prawo cywile i proces cywilny*, [w:] F. Ryszko (red.), *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939. Cz. 2*, PWN, Warszawa 1968.
Sójka-Zielińska K., *Księstwo Warszawskie. Prawo cywilne*, [w:] J. Bardach, M. Senkowska-Gluck (red.), *Historia państwa i prawa Polski. Tom III. Od rozbiorów do uwłaszczenia*, PWN, Warszawa 1981.
Sójka-Zielińska K., *Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego z 1825 r.*, [w:] J. Bardach, M. Senkowska-Gluck (red.), *Historia państwa i prawa Polski. Tom III. Od rozbiorów do uwłaszczenia*, PWN, Warszawa 1981.
Sójka-Zielińska K., *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, LexisNexis, Warszawa 2008.
Sójka-Zielińska K., *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Liber, Warszawa 2009.

- Stankiewicz Z., *Królestwo Polskie*, [w:] J. Bardach, M. Senkowska-Gluck (red.), *Historia państwa i prawa Polski. Tom III. Od rozbiorów do uwłaszczenia*, PWN, Warszawa 1981.
- Szewczak-Daniel M., *Ochrona praw dziedziców koniecznych na ziemiach polskich w XIX i XX w.*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV, nr 3, <http://studiaiuridica.umcs.pl> [dostęp 20.09.2017].
- Szpunar A., *Zachowek w polskim prawie spadkowym*, „Państwo i Prawo” 1948, z. 8.
- Walewski J., *Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego objaśniony motywami do prawa i jurysprudencją*, Drukarnia Józefa Bergera, Warszawa 1872.
- Zachariasiewicz M.A., *Zachowek czy rezerwa? Głos w dyskusji nad potrzebami i kierunkami zmian polskiego prawa spadkowego*, „Rejent” 2006, nr 2.

Adam Bródka

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Instytucje uchylecia, zmiany decyzji tworzącej lub nietworzącej prawa dla strony. Analiza historyczno-prawna

Institutions to repeal, change a decision creating or not creating a right for a party.
Historical and legal analysis

Streszczenie

Uchylenie, zmiana decyzji administracyjnych, które tworzą lub też nie tworzą dla adresata praw, to bliźniacze, nadzwyczajne tryby postępowania administracyjnego. Ich korzenie sięgają dwudziestolecia międzywojennego, kiedy to po raz pierwszy pojawiły się w polskim porządku prawnym. Od tego momentu obie instytucje były wielokrotnie nowelizowane, zarówno w okresie PRL-u, jak i III RP. Celem artykułu jest analiza pierwotnej wersji przepisów z 1928 r. wraz z przytoczeniem poglądów doktryny. Badaniu poddane zostaną również zmiany wprowadzane do regulacji rzeczonyj instytucji, kolejno w latach 1960, 1980, 1990, 1998, 2010.

Słowa kluczowe

uchylenie decyzji administracyjnej, zmiana decyzji administracyjnej, nadzwyczajny tryb postępowania administracyjnego, rozporządzenie o postępowaniu administracyjnym 1928

Abstract

A repeal, a change of administrative decisions that create or do not create rights for the recipient are twin extraordinary modes of administrative proceedings. Their roots date back to the interwar period, in which they appeared for the first time in the Polish legal system. Since that moment, both institutions have been amended many times, both in the period of the People's Republic of Poland and the Republic of Poland. The aim of the article is to analyze the original version of the regulations from 1928 with the citation of doctrinal views; the changes introduced by the amendments in the years 1960, 1980, 1990, 1998 and 2010 will also be subject to examination.

Keywords

repeal of the administrative decision, change of the administrative decision, extraordinary mode of administrative proceedings

1. Wstęp

Tryb uchylecia, zmiany (wzruszalności) decyzji prawidłowej lub dotkniętej wadliwością niekwalifikowaną jest jednym z podstawowych elementów systemu gwarancji

represyjnych w postaci nadzwyczajnych trybów postępowania administracyjnego. Nakierowane są one na zwalczanie już istniejących niezgodności z prawem czy też interesem społecznym lub szczególnie istotnym interesem stron. Tryby te polegają na usuwaniu (w analizowanym przypadku poprzez uchylenie) z obrotu prawnego decyzji ostatecznych. Podkreślenia wymaga fakt, iż mowa tu tak naprawdę o dwóch instytucjach, które ze względu na podobieństwo regulacji zwykło się w doktrynie analizować łącznie. Pierwsza z nich odnosi się do decyzji, na mocy których strona nie nabyła żadnego prawa, druga natomiast dotyczy sytuacji odwrotnej, czyli kiedy strona nabywa w oparciu o decyzję szeroko rozumiane prawa. Co szczególnie ciekawe, za podstawowe kryterium weryfikacji decyzji została tu przyjęta nie legalność, a celowość. Chodzi więc o uwzględnienie zmienności stosunków społeczno-gospodarczych, zmian w rzeczywistości, powodujących, że wykonanie decyzji mogłoby wyrządzić szkodę społeczeństwu. Ponadto przeobrażenie interesu stron również powinno znaleźć zwoje odbicie w nowym kształcie praw nabytych¹. Innymi słowy, za zmianą lub uchycieniem decyzji mają przemawiać okoliczności interesu społecznego lub interesu strony.

Regulacje zamieszczone obecnie w art. 154 i 155 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego² mają długą tradycję w rodzimym porządku prawnym – ich korzenie sięgają czasów wprowadzenia w życie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o postępowaniu administracyjnym z 1928 r.³, a nawet samego projektu tegoż rozporządzenia⁴. Oczywiście po upływie niemal wieku od wydania pierwotnych przepisów tryby zmiany lub uchycienia decyzji uległy istotnej ewolucji dotyczącej elementów tak podstawowych jak przedmiot postępowania czy organy właściwe do ich podjęcia. Niemniej jednak można z pełnym przekonaniem stwierdzić, że istota instytucji polegająca na weryfikacji wyłącznie decyzji nadających lub też nienadających prawa adresatowi (nawet tych z prawnego punktu widzenia prawidłowych) pozostała przez te wszystkie lata niezmienna. W szczególności uwagę tę można odnieść do podstawowych środków prawnych stosowanych w ramach nadzwyczajnego trybu wzruszalności decyzji, tj. jej uchycienia albo zmiany.

Uchylenie polega na usunięciu decyzji z obrotu prawnego i wywołuje skutek *ex nunc*, nieodnoszący się do stosunku materialnoprawnego występującego przed uchyceniem decyzji. Oznacza to, że przestają istnieć prawo czy obowiązek mające swoje źródło

¹ J. Borkowski, *Zmiana lub uchylenie ostatecznych decyzji administracyjnych*, Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1967, s. 144, 145.

² Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r., poz. 1257).

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym (Dz. U. z 1928 r. Nr 36, poz. 341).

⁴ Projekt rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o postępowaniu administracyjnym, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” 1926, nr 31.

w decyzji, ale dzieje się tak dopiero w momencie, kiedy decyzja uchylająca inną decyzję stanie się ostateczna. W takim przypadku otwiera się droga do ponownej autorytatywnej konkretyzacji norm prawa albo też reglamentacja administracyjna ustaje w zupełności⁵. W przypadku zmiany decyzji sytuacja kształtuje się odmiennie, gdyż organ administracji publicznej nie poprzestaje na uchyleniu danej decyzji w całości lub części. Podejmuje on również we właściwym zakresie ponowne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, uwzględniając przy tym aktualny stan faktyczny i prawny. Konsekwentnie, rozstrzygnięcie zawarte w decyzji zmieniającej porusza dwie zasadnicze kwestie – po pierwsze zakres uchyleń weryfikowanej decyzji, po drugie – rozstrzygnięcie sprawy w granicach wyznaczonych uchyleciem decyzji.

Ewolucja rzeczonych instytucji podyktowana została zmianami przepisów prawa administracyjnego procesowego, które zazwyczaj towarzyszyły przemianom ustrojowym w Polsce – zarówno przemianom ustroju państwowego, jak i ustroju administracji publicznej. Dla wyczerpującego prześledzenia rozwoju trybu uchyleń lub zmiany decyzji niezbędne staje się odniesienie nie tylko do korzeni instytucji, czyli rozporządzenia z 1928 r., lecz także pierwotnej wersji Kodeksu postępowania administracyjnego z 1960 r. oraz rozległych zmian wprowadzanych kolejno w latach 1980, 1990, 1998 i 2010.

2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 marca 1928 roku o postępowaniu administracyjnym

Jak już wyżej podniesiono, genezy trybu uchyleń, zmiany decyzji tworzącej lub nietworzącej prawa dla strony należy poszukiwać w okresie dwudziestolecia międzywojennego, a mianowicie w projekcie rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym z 1926 r. oraz w samym rozporządzeniu z 1928 r. (dalej zwanym RPA). Przed wejściem w życie rozporządzenia nie istniały w polskim porządku prawnym jednolite regulacje traktujące kompleksowo o możliwości wzruszalności decyzji administracyjnych, a w licznych ustawach materialnych występowały fragmentaryczne postanowienia procesowe odnoszące się do tej materii⁶. Istotny wpływ na stosowanie analizowanych trybów miały przepisy zaborcze, które w początkowym okresie istnienia II Rzeczypospolitej nadal znajdowały miejsce w praktyce polskiej administracji. Na ziemiach byłego zaboru pruskiego i austriackiego pozwalano na zmianę lub uchylecie decyzji, na mocy których nie powstały dla nikogo żadne prawa, przez władzę, która ją wydała, jeśli strona o to wystąpiła⁷. W byłym zaborze rosyjskim, gdzie prawo pozwalało jedynie na zmianę/uchyle-

⁵ J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H.Beck, Warszawa 2017, s. 837.

⁶ S.T., *Zmiana i uchylecie decyzji administracyjnej*, „Gazeta Administracji” 1947, nr 5–6, s. 274.

⁷ *Ibidem*, s. 274.

nie decyzji przez władzę zwierzchnią i Senat Rządzący, zapanował w działalności administracji chaos – część urzędników trzymała się kurczowo regulacji rosyjskich, inni zaś korzystali w drodze analogii z postanowień przepisów austriackich.

3. Uchylenie lub zmiana decyzji tworzącej prawa w świetle RPA

Przechodząc do przepisów polskich, oba akty (zarówno projekt rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym, jak i samo rozporządzenie) nie różniły się wyłącznie umiejscowieniem interesujących nas przepisów, ale również samą ich treścią. Projekt opublikowany w „Gazecie Administracji i Policji Państwowej” nr 31 z 1926 r. w art. 56 umieszczonym w części poświęconej zmianie decyzji i wniesieniu postępowania przyjmował, iż decyzja (orzeczenie i zarządzenie) władzy administracyjnej, na mocy której po upływie terminu do wniesienia odwołania lub skargi do Najwyższego Trybunału Administracyjnego (NTA) strony lub osoby trzecie nabyły pewne prawa, nie mogła być bez zgody tych stron lub osób zmieniana lub odwołana, z wyjątkiem wypadków: a) gdy władza, która wydała w tej sprawie decyzję w ostatniej instancji, zarządziła na prośbę zainteresowanej osoby wznowienie postępowania z powodu nowych istotnych okoliczności faktycznych, które istniały przed wydaniem decyzji i wpłynąć mogły na zmianę jej decyzji, i b) gdy decyzja mogła być zmieniona z urzędu⁸. Dla porównania art. 100 właściwego rozporządzenia stanowił, iż prawomocne decyzje, na mocy których strony lub osoby inne nabyły już prawa, mogą być uchylane lub zmieniane przez władzę, która je wydała, za zgodą tych stron lub osób, o ile temu nie sprzeciwia się ustawa. Przytoczony artykuł zawęzał możliwość uchylenia lub zmiany decyzji jedynie do tych, które nosiły przymiot prawomocności. Prawomocność rozumiana była natomiast jako stan niemożności złożenia odwołania lub skargi od decyzji w toku instancji administracyjnej (ostateczność) połączonej z niemożnością zaskarżenia jej również do sądu administracyjnego⁹. Dla porównania w projekcie rozporządzenia z 1926 r. art. 56 nie stanowił *expressis verbis* o możliwości weryfikacji decyzji prawomocnych, aczkolwiek wskazywał, iż są to decyzje, w stosunku do których upłynął termin do wniesienia odwołania lub skargi do NTA. Przyczyn wskazanej rozbieżności należy poszukiwać w braku występowania w projekcie rozporządzenia z 1926 r. postanowień dotyczących prawomocności decyzji. Do czasu upływu terminu odwoławczego lub terminu przewidzianego na wniesienie skargi do NTA władzy nie wolno było skorzystać z nadzwyczajnego trybu przewidzianego w art. 100 RPA. Uruchomienie instytucji usunięcia/zmiany decyzji prawomocnej nadającej prawa dopuszczalne było po upływie 14-dniowego terminu na wniesienie

⁸ Art. 57 RPA.

⁹ Art. 73. § 1 i 2 RPA.

środka odwoławczego co do decyzji wydanej przez I instancję i 2-miesięcznego terminu co do decyzji ostatecznej.

Możliwość wzruszalności w obu regulacjach dotyczyła jedynie tych decyzji, na mocy których strony lub osoby nabyły już prawa, kluczowym więc stało się ustalenie, co będzie rozumiane pod pojęciem nabycia praw z decyzji. Wykładnia tego sformułowania – obecnego również w aktualnie obowiązującej ustawie – stwarzała i nadal stwarza liczne problemy wpływające na zakres zastosowania analizowanej instytucji¹⁰. E. Iserzon wskazywał, iż przez „prawa nabyte rozumieć należy wszelkiego rodzaju prawa, a więc także prawa, które powstają przez prawomocne orzeczenie właściwej władzy, że na danej osobie nie ciąży sporny obowiązek; prawem nabytym jest więc również wynikające z prawomocnego orzeczenia prawo do wykonania ciężącego na stronie obowiązku w rozmiarach określonych przez to orzeczenie, nie zaś według normy wyższej”¹¹. Ponadto, jak podkreśla Z. Janowicz, za decyzję uprawniającą uznawano nie tylko decyzje nakładające obowiązek, ale i te, które stwierdzały, że na danej osobie obowiązek nie ciąży¹². Inaczej – nabycie prawa przejawiało się tu przez przyznanie prawa do wykonywania takiego obowiązku, jaki został określony w decyzji (a nie w wymiarze wyższym), bądź prawa do niewykonania jakiegoś oznaczonego w decyzji obowiązku. Interpretacja taka znacznie przekracza intuicyjne rozumienia uprawnienia jako możliwości wyboru sposobu swojego zachowania. Nie możemy jednak zapomnieć o „właściwym” rozumieniu praw nabytych z decyzji w postaci prawa do pewnych świadczeń, wykonywania określonej działalności lub używania określonej rzeczy¹³.

Kolejnym istotnym elementem, pojawiającym się zarówno w projekcie rozporządzenia z 1926 r., jak i w samym rozporządzeniu, był obowiązek uzyskania zgody strony lub osoby zainteresowanej na zmianę decyzji tworzącej prawa. Tak sformułowany wymóg korespondował z zasadą trwałości decyzji administracyjnych jako źródeł uprawnień i obowiązków w sferze prawa materialnego i chronił adresatów decyzji od dowolnej ingerencji administracji w ostatecznie ukształtowany już stosunek prawny¹⁴. Stabilność ukształtowanej sytuacji materialnoprawnej adresata aktu administracyjnego jest warto-

¹⁰ Przykładowo: J. Borkowski, A. Kawczyk, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego, Prawo procesowe administracyjne*, C.H.Beck, Warszawa 2014, s. 297; czy H. Knysiak-Molczyk, [w:] T. Woś (red.), *Postępowania administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 484–489.

¹¹ E. Iserzon, *Postępowanie administracyjne. Postępowanie karno-administracyjne. Postępowanie przymusowe w administracji. Ustawa o Najwyższym Trybunale Administracyjnym : przepisy związkowe, orzecznictwo*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1938, s. 61, 62.

¹² Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa – Poznań 1987, s. 338.

¹³ J. Starościk, L. Bar, *Postępowanie administracyjne, karno-administracyjne i przymusowe w administracji*, Zakład Wydawnictw Akademii Nauk Politycznych, Warszawa 1949–1950, s. 106.

¹⁴ J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 839.

ścią uniwersalną, wynika ze wspomnianej zasady trwałości decyzji, które – najczęściej po upływie terminu do wniesienia środka odwoławczego – wywoływać będą skutek prawny. Weryfikacja decyzji wprowadzonej do obrotu i nadającej prawa lub nakładającej obowiązki mogła (i może) odbywać się jedynie w szczególnych sytuacjach, zawsze ściśle określonych przez przepisy obowiązującego prawa. Decyzja ostateczna wprowadza więc stabilność co do kształtu uprawnień i obowiązków, którą na tle analizowanej instytucji uchylecia lub zmiany decyzji można naruszyć jedynie za zgodą adresata prawa nabytego. Zgoda musiała zostać wyrażona przez wszystkich adresatów nabywających na podstawie decyzji prawomocnej prawa, jeśli więc w postępowaniu brały udział dwie strony o interesach sprzecznych, obie musiały udzielić zgody na zmianę lub uchYLECIE DECYZJI¹⁵.

Interesujące jest zagadnienie formy wyrażenia zgody. O ile w czasach współczesnych nie stwarza ono problemów, o tyle w okresie międzywojennym mogło być o wiele bardziej kłopotliwe. Obecnie podkreśla się, że zgoda ma być wyrażona wprost i wyraźnie, gdyż jest ona przesłanką *sine qua non* zmiany/uchylecia decyzji, na mocy której strona nabywa prawo. Co więcej, wydaje się dość oczywiste, że jedyną formą, która nie będzie budzić wątpliwości zarówno co do samego istnienia oświadczenia, jak i jego treści, jest forma pisemna¹⁶. Postulat taki charakteryzuje się raczej uniwersalnością, a zasadę prymatu formy pisemnej można było wnioskować np. z treści art. 19 RPA, wskazującego na konieczność sporządzenia protokołu z istotnych czynności procesowych podejmowanych ustnie. Biorąc po uwagę fakt dość powszechnego występowania analfabetyzmu w II Rzeczypospolitej, który utrzymywał się na poziomie 23–33% ogółu społeczeństwa, można przyjąć, iż rzetelne wyrażenie zgody na wzruszenie decyzji w formie pisemnej mogło niekiedy stwarzać znaczne problemy¹⁷. Remedium na opisaną sytuację należało poszukiwać w odpowiednim wykorzystaniu art. 16 ust. 2 RPA przyjmującym, że za nieumiejącego lub niemogącego się podpisać podanie podpisuje inna osoba przez niego uproszona „swojem nazwiskiem” czytelnie, wskazując swoje miejsce zamieszkania i zaznaczając przed podpisem, że „podpis ten skutecznia” zamiast interesowanego na jego prośbę.

Cechą specyficzną przepisów międzywojennej procedury administracyjnej było wyróżnienie, oprócz stron postępowania, także osób zainteresowanych i przyznanie im uprawnień procesowych, mimo iż prawo materialne nie dostarczało takim osobom narzędzi niezbędnych do ochrony własnych interesów¹⁸. RPA w art. 9 nadało pojęciu za-

¹⁵ Wyrok NTA z dnia 9 września 1935 r., L. Rej. 748/33 – ZW NR 1059 A.

¹⁶ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 417.

¹⁷ P. Stańczyk, *Wykształcenie ludności II Rzeczypospolitej w świetle badań GUS*, „Społeczeństwo i Ekonomia” 2016, nr 1 (5), s. 11.

¹⁸ W. Dawidowicz, *Zagadnienia „osoby zainteresowanej” we współczesnym polskim postępowaniu administracyjnym*, [w:] J. Łętowski, J.P. Pruszyński (red.), *Prawo, administracja, gospodarka. Księga ku czci*

równy stronie, jak i osoby zainteresowanej wymiar normatywny. Zgodnie z jego treścią osobą zainteresowaną był każdy, kto żądał czynności władzy, do kogo czynność władzy się odnosi lub też czyjego interesu czynność choćby pośrednio dotyczy. Natomiast stronami były te „osoby interesowane”, które uczestniczyły w sprawie na podstawie roszczenia prawnego lub interesu prawnego¹⁹. Zbliżone rozumienie przyjmował projekt rozporządzenia o postanowieniu administracyjnym – zgodnie z brzmieniem art. 8 stronami w postępowaniu administracyjnym były osoby bezpośrednio zainteresowane wynikiem postępowania oraz osoby zainteresowane tylko pośrednio, którym prawa stron nadają poszczególne przepisy obowiązujące²⁰. Regulacja RPA spełniała szczególnie doniosłą rolę, gdyż zapewniała możliwość ochrony interesu (faktycznego), którego dochodzenia przepisy prawa materialnego mogły zwyczajnie nie przewidywać (i w efekcie brak było podstaw do przyjęcia istnienia roszczenia prawnego czy interesu prawnego). Pamiętać należy, iż decyzja administracyjna (jej skutki) może dotyczyć nie tylko stron (jej adresatów), lecz także innych osób (jednostek organizacyjnych)²¹. Olbrzymim sukcesem międzywojennej polskiej procedury administracyjnej było więc zapewnienie ochrony interesu faktycznego „osób interesowanych” w obliczu braków regulacji odrębnych, rozciągających na nie ochronę przed skutkami działań władzy publicznej.

Postanowienia projektu rozporządzenia z 1926 r. nie wskazywały bezpośrednio, jaka władza była właściwa do wzruszenia decyzji, na mocy której strony czy osoby zainteresowane nabyły prawo. Odmienne kształtowała się regulacja RPA, tj. analizowaną instytucję prawną mogła zastosować władza, która decyzję wydała. Mielśmy więc do czynienia z odwołalnością, czyli możliwością weryfikacji (zmiany/uchyleń) decyzji przez organ ją wydający z urzędu²². Przepis art. 100 RPA nie precyzował, czy postępowanie w celu uchyleń lub zmiany decyzji mogło być wszczęte w oparciu o zasadę skargowości, czy wyłącznie oficjalności. Jak podkreślano w piśmiennictwie, o ile zmiana może być dokonana wyłącznie z urzędu, to nie ma przeszkód, aby impuls do działania pochodził od osób zainteresowanych, a jego źródłem mogły stawać się wszelkiego rodzaju zażalenia, skargi, remonstracje²³. Stanowisko takie potęgowała maksyma *lege non distinguente*, tj. jeśli sam prawodawca nie różnicuje kwestii inicjacji tegoż postępowania, to i prawnicy interpretujący przepisy czynić tego nie powinni. Należy jednak pamiętać o budowie art. 100 w oparciu o uznanie administracyjne („decyzje mogą być uchylane lub zmieniane”), w efekcie czego administracja nie była zo-

Profesora Ludwika Bara, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1983, s. 73.

¹⁹ Art. 9 ust. 2 RPA.

²⁰ Np. art. 56 RPA.

²¹ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie...*, s. 187, 188.

²² *Ibidem*, s. 324.

²³ B. Graczyk, *Postępowanie administracyjne: zarys systemu z dodaniem podstawowych przepisów prawnych*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1953, s. 196.

bowiązana do uwzględnienia prośby strony czy osoby zainteresowanej²⁴. Wnioskodawca nie ponosił żadnych negatywnych konsekwencji w związku z odmową weryfikacji takiej decyzji, wobec czego nie przysługiwały mu środki ochrony praw – odwołanie czy skarga do NTA.

Zarówno art. 100 RPA, jak i art. 56 projektu tegoż rozporządzenia nie ustanawiały przesłanek determinujących uchylenie lub zmianę decyzji tworzącej prawa nabyte. Zauważmy, że art. 95 statuujący instytucję wznowienia postępowania administracyjnego oraz art. 102 umożliwiające uchylenie decyzji jako nieważnej oparte były na konkretnych przesłankach pozytywnych, których katalogu nie było w przypadku badanej instytucji. Stanowisko w tej kwestii zajął B. Graczyk, wskazując za E. Iserzonem inną ocenę niezmiennego stanu faktycznego czy przyjęcie odmiennej interpretacji przepisu prawnego jako podstawy uchylenia lub zmiany decyzji²⁵. Art. 100 RPA jednakże wprowadzał przesłankę negatywną w postaci zakazu wynikającego z ustaw odrębnych (najprawdopodobniej jednak w ustawodawstwie polskim nie występował żaden tego rodzaju zakaz)²⁶. Nie można przecież wykluczyć absolutnej stabilności stosunku materialnoprawnego wypływającego z decyzji, jeśli prawodawca uzna, że w konkretnej kategorii spraw taki stan jest potrzebny. Stąd, jeżeli przepisy szczególne nie wprowadzały ograniczenia w stosowaniu artykułu 100 RPA, a władza wydająca decyzje stwierdziła, że ma do czynienia z decyzją prawomocną prawa nadającą, mogła ją uchylić lub zmienić z własnej inicjatywy lub jako odpowiedź na impuls pochodzący od strony, tudzież osoby zainteresowanej.

4. Uchylenie lub zmiana decyzji nietworzącej praw w świetle RPA

Bliźniaczą instytucją uchylenia lub zmiany decyzji prawomocnej nadającej prawa był tryb mający swoje umocowanie w art. 99 RPA, dotyczący usunięcia z obrotu prawnego lub reformacji decyzji, które to prawa dla stron lub osób zainteresowanych nie tworzyły. Projekt rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym z 1926 r. dość zwięźle, w art. 58, zakładał, iż poza wypadkami wymienionymi w art. 56 i 57 (tryb uchylenia decyzji niosącej zagrożenie dla wartości szczególnie istotnych) władze administracyjne mają prawo zmieniania i odwoływania w każdym czasie swoich decyzji, jeżeli uznają, że są niesłuszne. Dla porównania – rozporządzenie właściwe przyjmowało, że decyzje, na mocy których strony lub osoby inne nie nabyły żadnych praw, mogły być wzruszane z urzędu w każdym czasie zarówno przez władzę, które je wydała, jak i z nadzoru przez władzę przełożoną.

²⁴ S.T., *op. cit.*, s. 278.

²⁵ B. Graczyk, *op. cit.*, s. 196.

²⁶ S.T., *op. cit.*, s. 278.

Pierwszy istotny element instytucji, na który należy zwrócić uwagę, związany jest z nietworzeniem przez decyzję praw dla strony czy osoby zainteresowanej. Na tym gruncie możemy zasadniczo odnieść się do uprzednio już poczynionych rozważań i wskazać, że chodzi tu o decyzje, które nie nadają uprawnień, nie nakładają obowiązków czy od obowiązków nie zwalniają. Wskazywano, iż do grupy takich aktów administracyjnych należały np. decyzje odmawiające obywatelowi udzielenia postanowienia na posiadanie broni, na wzniesienie budynku, na pobyt w strefie nadgranicznej, odmowne załatwienie podania o zmianę nazwiska, o wydanie zupełnego odpisu aktu stanu cywilnego²⁷. Wspólnym mianownikiem decyzji nienadających praw jest więc odmowa uwzględnienia żądania o nadanie uprawnienia, gdyż tylko takie decyzje nie powodowały powstania praw czy obowiązków. *Nota bene* obecne rozumienie nienadania prawa na mocy decyzji nie stoi w opozycji do ujęcia międzywojennego – a wręcz przeciwnie – pokrywa się z nim²⁸. Stanowisko odrębne w sprawie nabycia prawa z decyzji zajmował natomiast M. Zimmermann, postulujący możliwość uchyleń lub zmiany w trybie art. 99 RPA również decyzji nakładających obowiązki²⁹.

Art. 99 RPA, podobnie jak art. 58 projektu nie precyzowały, jakiego rodzaju decyzje podlegają weryfikacji w normowanym przez nie trybie, tj. czy chodzi o decyzje prawomocne czy nieprawomocne, ostateczne czy też nieostateczne. Zestawiając postanowienia badanej instytucji z przepisami art. 100 RPA wyraźnie stanowiącymi o dopuszczalności wzruszenia tylko decyzji prawomocnych, można dojść do wniosku, że prawodawca celowo nie dokonuje różnicowania. Konsekwentnie wydaje się zasadne przyjęcie twierdzenia, iż w trybie uchyleń lub zmiany decyzji, na mocy których żadna ze stron lub osób zainteresowanych prawa nie nabyła, mogły być weryfikowane zarówno decyzje prawomocne, jak i nieprawomocne. Trafność takiego stanowiska potwierdza także zdanie B. Graczyka, który przyjmował możliwość wykorzystania art. 99 odnośnie do decyzji tak prawomocnych, jak i nieprawomocnych³⁰. Zmianie lub uchyleń mogła podlegać więc każda decyzja – niezależnie od tego, czy była już prawomocna, czy jeszcze przysługiwało od niej odwołanie lub skarga do Najwyższego Trybunału Administracyjnego³¹. Konstrukcja ta nie powinna wywoływać niepewności, gdyż nie naruszała ona stabilności praw i obowiązków płynących z zakorzenionych w obrocie prawnym decyzji. Weryfikacja decyzji odmownej miała przecież na celu skutek korzystny dla strony czy osoby zainteresowanej – władza reformowała decyzję lub usuwała ją z obrotu prawnego, otwierając drogę

²⁷ *Ibidem*, s. 195, 196.

²⁸ J. Borkowski, A. Kawczyk, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System...*, s. 297.

²⁹ M. Zimmermann, *Administracyjne akty prawne rad narodowych*, „ZN UAM. Prawo” 1958, z. 6, s. 113.

³⁰ B. Graczyk, *op. cit.*, s. 196.

³¹ S.T., *op. cit.*, s. 275.

do ponownej autorytatywnej konkretyzacji praw i obowiązków, która mogła być tym razem dla adresata korzystna.

Szeroko została potraktowana kwestia władz właściwych do zastosowania zmiany lub odwołania decyzji nietworzącej prawa. RPA stanowiło tu o dopuszczalności nie tylko weryfikacji przez władzę, która akt wydała w trybie odwołałości, lecz i przez władzę przełożoną w trybie nadzoru. Przyjęcie takiego rozwiązania tłumaczył E. Starczewski, przewodniczący podkomisji pracującej nad projektem rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym, koniecznością wprowadzenia rozwiązań o charakterze nadzorczym służących ochronie poważnych względów publicznych³². Zwracając uwagę na element odwołałości w trybie uchylenia lub zmiany decyzji, E. Starczewski wskazywał, iż „bez prawa zmieniania decyzji przez te same władze, które je wydały, zespolenie urzędów administracyjnych byłoby trudne do pomyślenia, bo dopiero przy tym prawie kierownik urzędu, przekazując decydowanie praw swoim podwładnym, nie traci możliwości wpływania na sprawy, decydowane w jego imieniu i może być za nie odpowiedzialny. Ponadto przy istnieniu tego prawa, decydowanie spraw, nawet przez względnie mniej wyszkolonych urzędników, nie jest groźne, bo każda omyłka może być w każdej chwili poprawiona”³³. Dla zestawienia, art. 58 projektu rozporządzenia przyjmował wyłącznie odwołałość decyzji – „władze administracyjne mają prawo zmieniania i odwoływania w każdym czasie swoich decyzji, jeżeli uznają, że są niesłuszne”. Badanie decyzji w trybie art. 99 następowało zawsze z urzędu lub z inicjatywy władzy przełożonej, aczkolwiek nie oznaczało to, że z prośbą taką nie mogła wystąpić sama strona czy osoba zainteresowana. NTA w wyroku z 17 września 1931 r. stwierdził: „czy władza zechce skorzystać ze swego uprawnienia do uchylenia lub zmiany wydanej decyzji, zależy całkowicie od jej swobodnego uznania”³⁴. Konsekwentnie, wobec odmowy uwzględnienia wniosku o wzruszenie decyzji władza powinna powołać się na swobodne uznanie lub na prawomocność, ewentualnie ostateczność poprzedniej decyzji. Rozstrzygnięcie takie nie podlegało odwołaniu ani zaskarżeniu do NTA³⁵. Jednakże ze względu na kompetencje nadzorcze władzy przełożonej strona czy też osoba zainteresowana mogły wystąpić również i do niej z prośbą o weryfikację decyzji.

Podobnie jak w przypadku, uchylenia lub zmiany decyzji prawomocnej tworzącej prawa dla strony lub osób zainteresowanych, również i art. 99 RPA nie wskazywał przesłanek pozytywnych wyznaczających ramy swojego zastosowania. Obydwa tryby mogły być zastosowane z przeróżnych przyczyn, przykładowo – jak wymieniał E. Iserzon – z powodu innej oceny niezmiennego stanu faktycznego lub w związku z nową inter-

³² E. Iserzon, *Postępowanie...*, s. 230–232.

³³ Cytat za: *ibidem*, s. 230–232.

³⁴ Wyrok NTA z dnia 17 września 1931 r., L. Rej. 1313/29 – ZW. 423 A.

³⁵ S.T., *op. cit.*, s. 276.

pretacją przepisów prawa³⁶. Intrygujące wydawało się być odstępianie od sformułowania „decyzje niesłuszne” w finalnej wersji rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym. Taki zabieg był niewątpliwie krokiem w stronę bardzo rozległego zastosowania trybu weryfikacji. Zauważmy, że termin „niesłuszne” był typowym przykładem pojęcia nieostrego, wymagającego kazuistycznej interpretacji w przypadku każdej decyzji. O ile koresponduje on z kryterium celowości wydania aktu administracyjnego, która może być rozumiana bardzo szeroko, odnosząc się zarówno do interesu indywidualnego, interesu społecznego, jak i interesu publicznego, o tyle i tak będzie wyznaczać pewne, niekiedy mało wyraźne, granice zastosowania rzeczowego trybu.

Ostatni element, na który warto zwrócić uwagę, badając art. 99 RPA, to brak ograniczenia w czasie możliwości weryfikacji decyzji nietworzących prawa. Regulacja wyraźnie podkreślała dopuszczalność uchyleń lub zmian takiej decyzji w każdym czasie. Zestawiając ten fakt z możliwością odwołania lub reformacji decyzji prawomocnych oraz nieprawomocnych przez zarówno władzę wydającą decyzję, jak i władzę nadzorczą, trafne jest stwierdzenie, że postanowienia art. 99 RPA umożliwiły w pełni swobodną zmianę lub uchylecie decyzji administracyjnych, na mocy których nie powstawały dla strony lub osoby interesowanej prawa³⁷. Decyzja w tym przedmiocie stawała się decyzją pierwszej instancji wydaną w trybie nadzwyczajnym, bez znaczenia, czy zapadała w efekcie odwołalności czy nadzoru, przysługiwało więc od niej odwołanie³⁸.

5. Uchylenie lub zmiana decyzji w pierwotnej wersji k.p.a. z 1960 r.

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej było podstawowym aktem regulującym postępowanie administracyjne jeszcze przez długi czas po zakończeniu II wojny światowej, jednakże rozliczne zmiany w prawodawstwie polskim wprowadzone po 1944 r. systematycznie osłabiały użyteczność RPA. Rezygnacja z reaktywowania sądownictwa administracyjnego, rozległa dekodyfikacja przepisów procesowych, zniesienie samorządu terytorialnego czy wprowadzenie kontroli prokuratorskiej jako narzędzia wpływu politycznego na administrację doprowadziły do rozpoczęcia w 1958 r. prac nad nową ustawą administracyjnopprocesową³⁹. Rok 1960 okazał się rokiem przełomowym, gdyż właśnie wtedy uchwalono pierwszą polską, powojenną ustawę traktującą

³⁶ *Ibidem*, s. 61, 62.

³⁷ B. Graczyk, *op. cit.*, s. 196.

³⁸ Wyrok NTA z dnia 18 grudnia 1933 r., L. Rej. 9633/31 – *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* z 1935 r., s. 423.

³⁹ J. Litwin, *Z zagadnień mocy obowiązującej niektórych przepisów proceduralnych pod rządem Kodeksu postępowania administracyjnego*, „Palestra”, 1961, nr 10, s. 21; J. Starościk, *Zagadnienia budowy systemu postępowania administracyjnego*, [w:] E. Iserzon, J. Starościk, W. Dawidowicz, *Podstawowe zagadnienia postępowania administracyjnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1955, s. 46–77.

kompleksowo zagadnienie postępowania administracyjnego – ustawę z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁴⁰, która *nota bene* – wielokrotnie nowelizowana – obowiązuje do dziś.

6. Uchylenie lub zmiana decyzji tworzącej prawa na gruncie k.p.a. z 1960 r.

Olbrzymia część przepisów Kodeksu została recypowana z RPA, oczywiście z uwzględnieniem zmian wynikających z nowego ustroju państwa. Nie inaczej było w przypadku uchylecia/zmian decyzji tworzących lub nietworzących prawa dla strony. Instytucje te umieszczono w art. 135 i 136 k.p.a. Zgodnie z treścią art. 136. k.p.a. decyzja, na mocy której strony nabyły prawo, może być za ich zgodą uchylona lub zmieniona przez organ administracji państwowej, który decyzję wydał, lub przez organ wyższego stopnia, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleciu lub zmianie decyzji. Przepis art. 135 § 2 stosuje się odpowiednio.

Podobnie jak pod rządami RPA ważnym oraz nastroczającym wielu problemów interpretacyjnych zagadnieniem było „nabycie praw”. Jak twierdził E. Iserzon, „nabycie prawa w sensie art. 136 jest bardzo szerokie. Decyzje, które rozszerzają czyjeś uprawnienia, znoszą obowiązki, ograniczają je, są to decyzje, na których pewne osoby «nabyły prawa». Nawet decyzje wkładające tylko obowiązki są decyzjami, na mocy których pewne osoby nabywają prawo do wykonywania tylko obowiązków wskazanych w decyzji, a innych”⁴¹. Wysoce kontrowersyjny był pogląd prezentowany w doktrynie, zgodnie z którym decyzja nieostateczna⁴² nie może nadawać stronie prawa. Zwolennicy takiego stanowiska wydawali się utożsamiać nabycie prawa z jego wykonaniem, co było zabiegiem niedopuszczalnym⁴³. Wprawdzie decyzja nieostateczna nie daje jeszcze możliwości realizacji uprawnień, ale nie oznacza to zaprzeczenia ich nabycia, a jedynie odłożenie w czasie możliwości z nich skorzystania z nich. Kilku słów komentarza wymaga ponadto zagadnienie powstawania praw nabytych w wyniku decyzji deklaratoryjnych, czyli potwierdzających i zarazem „aktywujących” skutek prawny przewidziany bezpośrednio przez przepisy prawa. W tym przypadku uprawnienie czy też obowiązki mają charakter *ex lege* – wynikają z mocy samej ustawy, decyzja jedynie potwierdza ich istnienie aktywując skutek prawny z mocą wsteczną.

⁴⁰ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168), dalej k.p.a. lub Kodeks.

⁴¹ E. Iserzon, [w:] E. Iserzon, J. Starościk, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970, s. 260.

⁴² Zob.: *a contrario* art. 12 k.p.a.

⁴³ E. Iserzon, [w:] E. Iserzon, J. Starościk, *Kodeks...*, s. 265.

Art. 136 nie wymagał, aby decyzja nadająca prawa, podlegająca weryfikacji, była prawomocna czy też ostateczna, tak jak stanowił to art. 100 RPA. Odpowiedź na pytanie o rodzaj decyzji tworzącej prawa podlegającej uchyleń lub zmianie nie była wcale taka prosta – w dyskursie pojawiały się znaczne rozbieżności. W. Dawidowicz zauważył, że literalna wykładnia art. 136 była niewystarczająca, a ocenę charakteru instytucji umożliwiało jedynie spojrzenie poprzez pryzmat wszystkich regulacji k.p.a.⁴⁴ Przyjęcie dopuszczalności weryfikacji nieostatecznych decyzji stwarzało pewien zasadniczy problem, mianowicie kolizji z odwołaniem jako zasadniczym trybem w stosunku do nich przysługującym. Szczególnie widoczne to było przy uwzględnieniu postanowień art. 115 § 1 k.p.a., statuującego samokontrolę organu, tj. jeżeli odwołanie zostało wniesione przez wszystkie strony, a organ administracji państwowej uznał je za w pełni uzasadnione, mógł wydać nową decyzję, w której uchylił lub zmienił zaskarżoną decyzję. Ponadto weryfikacja decyzji nieostatecznych pozwoliłaby na wywieranie presji na strony postępowania przez organ w celu wyrażenia zgody na zmianę decyzji. Konkludując, autor stwierdza, że art. 136 k.p.a. ma zastosowanie jedynie do decyzji ostatecznych. Warto odnotować, że odmienne stanowisko w tej kwestii zajmował jeden ze współautorów k.p.a. – Emanuel Iserzon. W jego opinii weryfikacji w trybie art. 136 k.p.a. podlegały zarówno decyzje ostateczne (prawomocne), jak i decyzje nieostateczne (nieprawomocne)⁴⁵.

Kluczowym elementem nadzwyczajnego trybu wzruszenia decyzji administracyjnej tworzącej prawa był wymóg uzyskania zgody jej adresata. Musiała być ona wyrażona w sposób wyraźny i niebudzący (pisemnie) wątpliwości przez wszystkie osoby nabywające prawo z decyzji⁴⁶. W stanie prawnym zaistniałym w wyniku wprowadzenia k.p.a. nie występowały regulacje uwzględniające możliwość ochrony w postępowaniu administracyjnym interesu faktycznego, konsekwentnie nie przewidziano „osób interesowanych” i nie wymagano udzielenia przez nie zgody na uchyleń lub zmianę decyzji. Wracając do tematu – inicjatywa uzyskania zgody zazwyczaj leżała w rękach pracowników administracji, jednakże nie istniały żadne przeciwwskazania, aby to strona zrzekła się dobrowolnie nabytych praw. W obliczu braku dokładnych regulacji ustawowych, w doktrynie prawa administracyjnego podnoszono również możliwość uzależnienia zgody strony od spełnienia wskazanych przez nią żądań rekompensujących jej utratę korzyści płynących z dysponowania prawem⁴⁷. Artykuł 136 znajdował więc zastosowanie wyłącznie wtedy, jeśli organ administracji zaakceptował wymagania strony. Rzecz jasna, w sytuacjach nadzwyczajnych, kiedy zagrożone były szczególnie istotne wartości,

⁴⁴ W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne: zarys systemu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1962, s. 244, 245.

⁴⁵ E. Iserzon, [w:] E. Iserzon, J. Starościk, *Kodeks...*, s. 265.

⁴⁶ *Ibidem*,

⁴⁷ W. Dawidowicz, *Ogólne...*, s. 245, 246.

a strona nie zamierzała rezygnować z przysługujących jej praw, organ miał jeszcze do dyspozycji usunięcie z obrotu prawnego decyzji w trybie art. 141 k.p.a. Pamiętać jednak należy, że podobnie jak w czasach obecnych, również w stanie prawnym z 1960 r. nadzwyczajne tryby postępowania administracyjnego tworzyły system uzupełniających się instytucji (a nie ze sobą konkurujących) nakierowanych na wszechstronną weryfikację decyzji pod względem zarówno legalności, jak i celowości. W efekcie tego, a zgodnie z zasadą przekonywania⁴⁸, organ administracji państwowej w pierwszej kolejności powinien był wskazać zasadność zastosowania art. 136 k.p.a. i spróbować uzyskać zgodę strony – a jeśli to nie przyniosłoby efektów – dopiero wtedy procedować na podstawie art. 141 k.p.a.

Badając zagadnienie właściwości organów administracji publicznej do weryfikacji decyzji tworzących prawa w trybie art. 136 k.p.a. trudno nie dostrzec swoistego *novum*. Przepisy k.p.a. nie tylko stanowiły już tylko o odwołałości decyzji (weryfikacji przez organ wydający), ale także o dopuszczalności ich uchylecia lub zmiany w trybie nadzoru, przez organ wyższego stopnia, czego przepisy RPA nie przewidywały. Krytycznie do tego rozwiązania odnosił się W. Dawidowicz⁴⁹. Wskazywał on, iż organ nadzoru nie był nigdy „gospodarzem sprawy”, nie rozstrzygał jej decyzją ostateczną i co jasne, nie będzie orientował się w jej okolicznościach. Ponadto takie działanie prowadziło do eliminacji z rozmów ze stroną organu właściwego rzeczowo i instancyjnie w danej sprawie. Ostatecznie, art. 136 godził w samą istotę nadzoru polegającą na korygowaniu działań organu podporządkowanego, a nie strony postępowania.

Spoglądając na treść art. 127 § 1, 137 § 1 czy 141 § 1 k.p.a., można wyróżnić pewną cechę wspólną regulacji, która była obca przepisom art. 136, tj. katalog przesłanek pozytywnych warunkujących dopuszczalność weryfikacji decyzji w poszczególnych trybach. Tożsamy stan występował w art. 100 RPA, który znajdował użytek w „przeróżnych sytuacjach”. Podobnie należało traktować wzruszenie decyzji tworzącej prawa w stanie prawnym z 1960 r. Mimo że przesłanki nie zostały ściśle wymienione, weryfikacja decyzji miała być odpowiedzią na rozmaite potrzeby, zawsze jednak była ona dla organu administracji fakultatywna („mogła być uchylona/zmieniona”). „Praktycznie biorąc, może tu wejść w rachubę np. jakaś wadliwość prawna (inna niż wyliczone dla pozostałych trybów) lub też nie wykluczająca się z nią, a czasem i pokrywająca się, wadliwość z punktu widzenia celowości itp. – słowem stan taki, w którym z jakichś powodów, innych niż, te, które uzasadniają nieważność lub wznowienie, dalsze utrzymanie decyzji jest niewskazane, niedogodne, niezgodne z aktualną polityką itp.”⁵⁰

⁴⁸ Zasada ta wynikała i nadal wynika z art. 11 k.p.a.

⁴⁹ W. Dawidowicz, *Ogólne...*, s. 254, 255.

⁵⁰ F. Longchamps de Bérier, *Problem trwałości decyzji administracyjnej*, Polska Akademia Nauk. Instytut Nauk Prawnych, Warszawa 1961, s. 915.

Analogicznie jak pod rządami art. 100 RPA, także art. 136 k.p.a. wprowadzał negatywną przesłankę swojego zastosowania w postaci sprzeciwu przepisu szczególnego. Znaczenie klauzuli „jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleń lub zmianie decyzji” nie było do końca jasne⁵¹. Mogło przecież chodzić o przepisy odbierające zgodzie strony znaczenie warunku rozwiązującego czy też o wykluczenie weryfikacji decyzji w tym trybie ze względu na inne, zasadne okoliczności wskazane w przepisach prawa. Problem ten miał jednak wyłącznie czysto teoretyczny wymiar, gdyż w piśmiennictwie nie odnotowano nigdy takiego rodzaju wyłączeń.

Art. 136 k.p.a. *in fine* wskazywał na konieczność odpowiedniego stosowania regulacji art. 135 § 2 k.p.a. Normował obowiązek wydania decyzji o uchyleń lub zmianie decyzji tworzącej prawa jako formy rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego w analizowanym trybie. Organ inicjował więc nową sprawę, finalizowaną decyzją nieostateczną, od której stronom przysługiwało prawo wniesienia odwołania⁵². Wykorzystanie odwołania stawało się szczególnie zasadne, kiedy w ramach zgody na częściowe odebranie praw, strona uznała, że cofnięto jej uprawnienie w zakresie szerszym, niezgodnym z jej wolą.

7. Uchylenie lub zmiana decyzji nietworzących praw na gruncie k.p.a. z 1960 r.

Postępowanie w celu weryfikacji decyzji nietworzących praw znajdowało swoją podstawę prawną w art. 135 k.p.a. Zgodnie z treścią artykułu decyzja, na mocy której żadna ze stron nie nabyła prawa, mogła być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji państwowej, który decyzję wydał, lub przez organ nadzoru. Paragraf drugi wskazywał natomiast, że właściwy organ wydaje decyzję o uchyleń lub zmianie dotychczasowej decyzji. Treść art. 135 posiada wiele punktów wspólnych z regulacją trybu wzruszenia decyzji tworzącej prawa. Istniejące różnice wynikają z konieczności wzmocnienia stabilności decyzji, które prawa tworzą, stąd też art. 136 wprowadzał wymóg uzyskania zgody adresata praw oraz konieczność braku sprzeciwu przepisu szczególnego. O ile takie rozwiązania były niezbędne ze względu na charakter stosunku materialnoprawnego powstałego w wyniku wydania decyzji, rozszerzającego najczęściej zakres uprawnień adresata, o tyle na tle art. 135 konieczność ta zanikała. Decyzje tworzące prawa nabyte mogły być usuwane z obrotu prawnego bez zgody strony, wyłącznie jeśli obciążone one były kardynalnym naruszeniem prawa materialnego czy procesowego dającym podstawy do wznowienia postępowania czy stwierdzenia nie-

⁵¹ W. Dawidowicz, *Ogólne...*, s. 245.

⁵² *Ibidem*, s. 255.

ważności decyzji. Ewentualnie, jeśli nie istniała inna możliwość uchronienia przed zagrożeniem wartości szczególnie istotnych (życie, zdrowie ludzkie, poważne szkody dla gospodarki narodowej), przepisy prawne w art. 141 k.p.a. statuowały środek prawny o charakterze *ultima ratio*, za pomocą którego naczelny organ administracji państwowej czy prezydium wojewódzkiej rady narodowej mogły uchylić lub zmienić w niezbędnym zakresie każdą decyzję ostateczną. W przypadku decyzji praw nietworzących nie wchodziły w grę względy stabilności stosunków prawnych – nikt nie miał interesu w tym, aby decyzję w obrocie prawnym utrzymać, bo dla nikogo nie była ona źródłem uprawnień⁵³. Innymi słowy, uchylenie decyzji na podstawie art. 135 k.p.a. było zawsze dla strony korzystne, gdyż otwierało drogę do ponownego rozstrzygnięcia sprawy, której wynik tym razem mógł być zupełnie odmienny (mogły zostać przecież nadane stronie uprawnienia)⁵⁴. Uchylenie/zmiana w analizowanym trybie obejmowały decyzje zarówno ostateczne, jak i nieostateczne.

Konstrukcja właściwości do prowadzenia postępowania w celu wzruszenia decyzji nietworzącej praw rysowała się podobnie jak w przypadku bliźniaczej instytucji art. 136 k.p.a. W stosunku do weryfikacji cechującej się odwoalnością można przytoczyć powyżej już poczynione uwagi, odmiennie natomiast kształtuje się zagadnienie działania nadzorczego. Artykuł 55 ustawy o radach narodowych⁵⁵ wskazywał, iż prezydium mogło w trybie nadzoru uchylić lub zmienić decyzję kierownika wydziału. Jeżeli jednak decyzja kierownika wydziału spowodowała przyznanie praw indywidualnie określonym osobom, prezydium mogło w trybie nadzoru uchylić lub zmienić decyzję jedynie w przypadkach przewidzianych w przepisach o postępowaniu administracyjnym lub w odrębnych ustawach. Literalne brzmienie tegoż artykułu prowadziło do postawienia pytania dotyczącego relacji trybu art. 135 k.p.a. i art. 55 rzeczonyj ustawy. Przyjmowano dwie interpretacje art. 55 u.r.n.: pierwsza wskazywała na zastosowania trybu tam przewidzianego do decyzji kierowników wydziałów wydawanych w trybie k.p.a. i nietworzących praw, druga podkreślała, iż przez decyzje kierowników wydziałów rozumiano np. pisma okólnikowe, zarządzenia zmiany znaków drogowych czy polecenia służbowe⁵⁶. Należało jednak opowiedzieć się za drugą interpretacją art. 55 u.r.n. Do czasu wejścia w życie k.p.a. uzasadnione było przyjmowanie, iż artykuł ten stanowił następcę art. 99 RPA, aczkolwiek w obliczu kodyfikacji postępowania administracyjnego, zmiana lub uchylenie decyzji nietworzących praw dla strony poddane zostały reżimowi prawnemu art. 135 k.p.a.

⁵³ E. Iserzon, [w:] E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks...*, s. 260.

⁵⁴ W. Dawidowicz, *Ogólne...*, s. 242.

⁵⁵ Ustawa z dnia 25 stycznia 1958 r. o radach narodowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 5, poz. 16), dalej u.r.n.

⁵⁶ W. Dawidowicz, *Ogólne...*, s. 251, 252.

W tekście pierwotnym zupełnie pominięto kwestię przesłanek warunkujących usunięcie z obrotu prawnego lub reformację decyzji praw nietworzących. Jak pisał W. Dawidowicz, „[...] użyta w tym artykule formuła «w każdym czasie» posiada znaczenie zarówno czasowe, jak i przyczynowe: decyzja ostateczna, która nie stworzyła praw dla strony, organ administracji państwowej, który decyzję wydał może uchylić w każdym czasie i z każdego powodu, który według oceny tego organu uzasadnia uchYLENIE decyzji. Tak szeroko zakreślona kompetencja nie oznaczała jednak istnienia jakiegś dowolności w stosowaniu art. 135 § 1 k.p.a., gdyż każda decyzja wydana na tej podstawie musiała znajdować uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawnych, a więc podlegała na równi ze wszelkimi innymi decyzjami zasadzie ogólnej legalności oraz zasadzie ogólnej prawdy materialnej”⁵⁷.

Ostatecznie, postępowanie w sprawie kończy się zgodnie z art. 135 § 2 wydaniem decyzji o zmianie lub uchYLENIE decyzji dotychczasowej. Wprowadzenie takiego sformułowania niewątpliwie było zabiegiem zasługującym na aprobatę – przypomnijmy, że art. 99 RPA nie zawierał podobnej regulacji. Wyraźne określenie formy zakończenia postępowania weryfikacyjnego pomogło w wyklarowaniu istoty instytucji i umocniło przekonanie o odrębności charakteru tego postępowania od postępowania prowadzonego w trybie zwyczajnym, skierowanego na konkretyzację przepisów prawa materialnego. Reasumując, decyzja wydana w wyniku stosowania art. 135 była nową decyzją wydaną w nowej sprawie, która nie było kontynuacją poprzedniego postępowania, zakończonego już decyzją administracyjną⁵⁸. Nowa sprawa bazowała jednak na „starym” stanie faktycznym, w innym wypadku art. 135. k.p.a. nie znajdował zastosowania⁵⁹. Zmiana stanu faktycznego doprowadziłaby do powstania nowej sprawy, która należałoby rozstrzygnąć w trybie zwykłym.

8. Uchylenie lub zmiana decyzji ostatecznej pod rządami nowelizacji k.p.a. z 1980 r.

Ustawa o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego⁶⁰ nadała trybowi uchyleń lub zmiany decyzji tworzącej prawa następujące brzmienie: „Decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji państwowej, który ją wydał lub przez organ wyższego stopnia, jeżeli prze-

⁵⁷ *Ibidem*, s. 242.

⁵⁸ E. Iserzon, [w:] E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks...*, s. 263, 264.

⁵⁹ Podobne zastrzeżenia można poczynić do art. 136 k.p.a.

⁶⁰ Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1980 r. Nr 4, poz. 8), dalej k.p.a. 1980.

pisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony. Przepis art. 135 § 2 stosuje się odpowiednio”. W stosunku do weryfikacji decyzji nietworzącej praw artykuł wskazywał, że „Decyzja ostateczna, na mocy której żadna ze stron nie nabyła prawa, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji państwowej, który ją wydał lub przez organ wyższego stopnia, jeśli przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony”. Dokonano także reformacji paragrafu drugiego, tj. „właściwy organ wydawał decyzję w SPRAWIE uchylecia lub zmiany dotychczasowej decyzji”. Na pierwszy plan wysuwały się trzy zasadnicze zmiany dokonane przez prawodawcę: wskazanie, że tryby dotyczyły decyzji ostatecznych, oraz dodatnie przesłanki pozytywnej w postaci korzyści dla interesu społecznego lub słusznego interesu strony. Trzecia zmiana dotyczyła korekty brzmienia art. 135 § 2.

Wyraźne ustanowienie dopuszczalności wzruszenia wyłącznie decyzji ostatecznych należało uznać za działanie jak najbardziej celowe. Położyło ono kres licznym wątpliwościom, powodującym rozbieżnościami w doktrynie, jakie pojawiały się w związku z brzmieniem art. 135 i 136 k.p.a. do czasu nowelizacji z 1980 r. Stąd, uchyleniu, zmianie decyzji tworzących lub nietworzących prawa podlegały jedynie te decyzje, od których nie służyło odwołanie (niezależnie od tego, czy były wydane w I instancji i upłynął termin na wniesienie odwołania, czy były wynikiem postępowania przed II instancją).

Od momentu nowelizacji za usunięciem lub reformacją decyzji miał przemawiać interes społeczny lub słuszny interes strony, ewentualnie jeden i drugi. Oba pojęcia to typowe klauzule generalne o nieostrym znaczeniu, które organ administracji publicznej musiał oceniać odrębnie na tle każdej kolejnej sprawy. Usunięcie z obrotu prawnego decyzji odmawiającej stronie przyznania uprawnienia zawsze poparte było jej interesem, natomiast w przypadku przyznania uprawnień, które mogły godzić w interes społeczny uchylecie takiej decyzji miało raczej oczywiste uzasadnienie.

Ostatnia ze zmian dokonała wzmocnienia pojawiających się już od wielu lat w dyskursie poglądów na temat charakteru postępowań mających swoje źródło w art. 135 i 136 k.p.a w brzmieniu z 1960 r. Zarówno art. 135 § 2, jak i odesłanie do niego wynikające z art. 136 *in fine* jasno określały oba postępowania jako postępowania w nowej sprawie. Sprawie, której przedmiotem nie była autorytatywna konkretyzacja norm prawa materialnego w postaci nadania prawa lub nałożenia obowiązku, a kontrola prawidłowości takiego postępowania, podejmowana z uwzględnieniem kryterium celowości.

9. Uchylenie lub zmiana decyzji ostatecznej pod rządami nowelizacji k.p.a. z 1990 oraz 1998 r.

Nowelizacja z 1990 r. towarzyszyła decentralizacji władzy w Polsce wynikającej z przywrócenia samorządu terytorialnego. Administracja rozpoczęła funkcjonowanie w nowej, dualistycznej strukturze. Wymagało to rozszerzenia zakresu zastosowania Kodeksu postępowania administracyjnego również na administrację samorządową, która podobnie jak administracja rządowa mogła wydawać decyzje w sprawach indywidualnych⁶¹. Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego z 1990 r.⁶² musiała również dostosować tryb uchyleń/zmiany decyzji tworzących lub nietworzących dla stron prawa do tak znaczących przemian strukturalnych egzekutywy. Artykuł 154 k.p.a. 1990. (następca art. 135.) nie uległ zmianie, za wyjątkiem dodania § 3, zgodnie z którym „W sprawach należących do zadań własnych gminy do zmiany lub uchyleń decyzji, o której mowa w § 1 oraz w art. 155 (dawny art. 136) właściwe są organy gminy”. Wyłączenie pozostawało w relacji z normatywną samodzielnością w piastowaniu zadań z zakresu administracji publicznej przez gminy⁶³. Niedopuszczalna więc stawała się ingerencja nadzorcza w stosunku do decyzji administracyjnych wydanych przez organy gminy, zarazem tworzących, jak i nietworzących prawa. Pojawiła się sytuacja, w której adresaci decyzji byli w gorszej, z procesowego punktu widzenia pozycji, gdy akt pochodził od administracji samorządowej, niż kiedy wydał go organ administracji rządowej. Prawodawca, posługując się pojęciem organu gminy, ustanowił wąską właściwość organów do stosowania art. 154 i 155 k.p.a. 1990., tj. wyłączył spod niej samorządowe kolegia odwoławcze, będące organami II instancji w stosunku do decyzji wydawanych przez organy gminy⁶⁴. Stan taki kreowało literalne brzmienie art. 5 § 2 pkt 6 definiujące pojęcie organów samorządu terytorialnego jako „organy gminy, ich związków lub samorządowe kolegia odwoławcze”, którego zestawienie z art. 154 § 3 wyraźnie ujawniało dystynkcję terminologiczną. Należy również przypomnieć, iż organem wykonawczym gminy, który to właśnie wydawał decyzje administracyjne, był w tamtym okresie zarząd, a nie jak ma to miejsce teraz, wójt, burmistrz lub prezydent miasta.

Rok 1998 przyniósł dalsze zmiany, jeżeli chodzi o samorząd terytorialny. Dotychczasowa jednopoziomowa struktura została wzbogacona o dwa kolejne szczeble – powiat i województwo⁶⁵. W związku z tym nieuchronna stała się nowelizacja przepisów

⁶¹ J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie...*, s. 78.

⁶² Ustawa z dnia 24 maja 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1990 r. Nr 34, poz. 201), dalej k.p.a. 1990.

⁶³ J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 825.

⁶⁴ Uchwała Składu Pięciu Sędziów NSA z dnia 19 czerwca 1996 r., FPK 2/96, ONSA 1996, nr 4, poz. 152.

⁶⁵ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 1998 Nr 91, poz. 578) oraz ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 1998 r. Nr 91, poz. 576).

Kodeksu postępowania administracyjnego odnoszących się do zdecentralizowanej władzy. Ustawa z dnia 29 grudnia 1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa⁶⁶, dokonała uaktualnienia regulacji art. 154 § 3 Kodeksu, nadając mu następujące brzmienie: „W sprawach należących do zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego do zmiany lub uchylecia decyzji, o której mowa w § 1 oraz w art. 155, właściwe są organy tych jednostek”. Z adaptacją treści art. 154 korespondowała zmiana definicji legalnej zawartej w art. 5 § 2 pkt 6, zgodnie z którą pod pojęciem organów jednostek samorządu terytorialnego należało rozumieć organy gminy, powiatu, województwa, związków gmin, związków powiatów, wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starostę, marszałka województwa oraz kierowników służb, inspekcji i straży działających w imieniu wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starosty lub marszałka województwa, a ponadto samorządowe kolegia odwoławcze. Zakres zastosowania § 3 został rozszerzony na wszystkie poziomy samorządu terytorialnego, jednakże tylko w ramach wykonywania zadań własnych podlegających ochronie przed ingerencją nadzorczą państwa. Oparcie instytucji art. 154 i 155 na odwołalności oraz możliwości działania nadzorczego stwarzało dopuszczalność wzruszenia decyzji I instancji zarówno przez organ wydający (np. burmistrza, starostę), jak i przez organ wyższego stopnia, jakim było zazwyczaj samorządowe kolegium odwoławcze (art. 17 pkt 1 k.p.a w brzmieniu z 1998 r.). W stosunku do decyzji II instancji zmiana przez organ wyższego rzędu nie była możliwa, gdyż taki organ zwyczajnie nie istniał, weryfikacja decyzji odbywała się jedynie za pośrednictwem odwołalności.

10. Uchylenie lub zmiana decyzji ostatecznej pod rządami nowelizacji z 2010 r. oraz w obecnym stanie prawnym

Ostatnia ze znaczących zmian analizowanych w artykule trybów miała miejsce w roku 2010⁶⁷. W jej efekcie ograniczono właściwości do uchylenia, zmiany decyzji tworzącej lub nietworzącej prawa tylko do organu wydającego decyzję oraz usunięto – jako niemający już zastosowania – art. 154 § 3. Tryby art. 154 i 155 k.p.a. 2010. stały się podstawą wyłącznie odwołalności decyzji ostatecznych, a przestały być narzędziem działań nadzorczych organów wyższego stopnia⁶⁸. Wpłynęło to na umocnienie pozycji organu administracji publicznej wydającego decyzje, jednocześnie osłabiając pozycję jednostki na

⁶⁶ Ustawa z dnia 29 grudnia 1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa (Dz. U. z 1998 r. Nr 162, poz. 1126).

⁶⁷ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2010 r. Nr 6, poz. 18), dalej k.p.a. 2010.

⁶⁸ J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 825.

plaszczyźnie procesowoprawnej poprzez odcięcie jej od ochrony swoich praw przed organem wyższego rzędu. Nie można jednak stwierdzić, iż zmiana w przepisach przyniosła jedynie negatywny efekt. Jak wynika z *ratio legis* tejże nowelizacji, była ukierunkowana na wyeliminowanie sporów o właściwość wynikających z dotychczasowej konstrukcji artykułów. „Nowelizacja art. 154 i 155 Kodeksu zmierza do odebrania organom wyższego stopnia możliwości zmiany ostatecznych decyzji. Niecelowe jest, ażeby organ, który wydał zaskarżoną decyzję, konkurował z organem wyższego stopnia w ww. sprawach. Nie wydaje się również zasadne, ażeby w sprawach tych właściwość organów była przenoszona wyżej i organ, który pełnił rolę organu odwoławczego, w tej samej sprawie pełnił następnie rolę organu pierwszej instancji (od decyzji tych służy bowiem odwołanie do organu wyższej instancji). Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że w praktyce powstają czasami niepotrzebne spory pomiędzy organem, który wydał decyzję ostateczną, a organem odwoławczym, który jest «właściwszy» do orzekania w pierwszej instancji w ww. trybach”⁶⁹.

Treść obu artykułów pozostała od czasu nowelizacji z 2010 r. niezmieniona. W aktualnym brzemieniu art. 154. wskazuje, iż decyzja ostateczna, na mocy której żadna ze stron nie nabyła prawa, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony (§ 1). W przypadkach określonych w § 1 właściwy organ wydaje decyzję w sprawie uchyleń lub zmiany dotychczasowej decyzji (§ 2). Natomiast art. 155 – decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleń lub zmianie takiej decyzji i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony, przepis art. 154 § 2 stosuje się odpowiednio.

Dla wyczerpania tematu niezbędne staje się zaprezentowanie aktualnych zapatrywań doktryny i orzecznictwa na tryby uchyleń lub zmiany decyzji tworzących lub nietworzących prawa dla stron (przynajmniej w ujęciu syntetycznym, gdyż zagadnienie to jest naprawdę obszerne). Artykuły 154 i 155 uznawane są za nadzwyczajne tryby postępowania administracyjnego mające na celu weryfikację prawidłowych lub dotkniętych wadliwością niekwalifikowaną decyzji ostatecznych, które nie podlegają sanacji w ramach wznowienia postępowania lub stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej. Mamy w ich ramach do czynienia z nową sprawą administracyjną, której przedmiotem jest ocena pod względem celowościowym (kryterium interesu społecznego lub słusznego interesu strony) uchyleń lub zmiany decyzji. Sprawa kończy się wydaniem nieostatecznej decyzji administracyjnej podlegającej weryfikacji w drodze odwołania. Konstrukcja obu

⁶⁹ Projekt ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (druk nr 2987), s. 10.

instytucji oparta została na możliwości weryfikacji decyzji przez organ ją wydający. Wykorzystanie art. 154 czy 155 pozostawione zostało uznaniu organu administracji publicznej, który może podjąć postępowania z urzędu (z własnej inicjatywy czy też na wniosek strony) w każdym czasie. Elementem wspólnie wykorzystywanym przez oba tryby jest pojęcie nabycia prawa, czyli przysporzenia uprawnień oraz określenia rodzaju i zakresu obowiązków spoczywających na stronie na podstawie przepisów prawa materialnego⁷⁰. Do zakresu prawa nabytego z decyzji nie można zaliczyć uprawnień wynikających z prawa procesowego, jako że z natury są one przejściowe. *A contrario* – decyzjami nietworzącymi praw dla strony będą decyzje odmowne dla strony. Budowa art. 155 zawiera dwa dodatkowe elementy w porównaniu z art. 154, tj. wymóg uzyskania zgody strony i konieczność niewystępowania przepisów szczególnych blokujących wzruszenie decyzji w tym trybie. Zgoda ma być wyrażona pisemnie oraz wprost, przez wszystkie strony. Nie mogą występować żadne wątpliwości co do jej treści. Ponadto w wyniku wprowadzenia zmian do kodeksu postępowania administracyjnego w 2017 r., dodano art. 155a zakazujący stosowania do obu trybów milczącego załatwienia sprawy.

11. Zakończenie

Instytucja uchylenia/zmiany decyzji tworzących lub też nietworzących dla adresata praw ma w polskim porządku prawnym długą i bogatą tradycję. Jej korzenie sięgają o wiele dalej niż RPA czy jego projekt, gdyż olbrzymia część prawa administracyjnego procesowego została zaczerpnięta z prawodawstwa państwa zaborczych. Nie zmienia to jednak faktu, że od stworzenia projektu rozporządzenia o postępowaniu administracyjnym obie instytucje podlegały ciągłej adaptacji względem potrzeb rodzimego systemu prawnego.

Przyglądając się rozlicznym zmianom badanych regulacji na przestrzeni wieku, można dojść do pewnego przekonania – rdzeń konstrukcji (naczelna koncepcja rządząca instytucjami) nie ulegała przemianie. We wszystkich przytoczonych aktach prawnych zawsze mieliśmy do czynienia z możliwością zmiany lub uchylenia dwóch typów decyzji – tworzących i nietworzących prawa. Swoją drogą, nawet rozumienie nabycia praw, ustalone w okresie międzywojennym, jest nadal aktualne. Bliźniacze tryby zawsze stanowiły element uzupełniający systemu weryfikacji decyzji ostatecznych (prawomocnych), charakteryzujący się dużą elastycznością (patrz: ewolucja przesłanek pozytywnych zastosowania). Wynika to z dopuszczalności zmiany czy uchylenia decyzji w oparciu o bliżej nieokreślone kryteria, a następnie o zwroty nieostre pozostawiające szeroką możliwość interpretacji.

⁷⁰ J. Borkowski, A. Kawczyk, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System...*, s. 297, 298.

Usunięcie z obrotu prawnego decyzji, pod względem prawnym prawidłowej, było i jest rozwiązaniem unikalnym. Uwzględnienie zmienności stosunków społecznych, istotnych przemian w rzeczywistości i dopuszczalność w oparciu o nie ingerencji w stosunek materialnoprawny kreowany decyzją jest rozwiązaniem potrzebnym w prawie administracyjnym procesowym. W przeciwnym wypadku prawidłowo wydana, z punktu widzenia legalności, decyzja odmowna stanowiłaby przeszkodę nie do przewyciężenia w uzyskaniu jakiegoś prawa po wsze czasy⁷¹. Innymi słowy, byłoby to dalekie od racjonalnego pojmowania administracji, której naczelnym zadaniem zawsze była i jest służba społeczeństwu. Stąd też, utrzymanie instytucji zmiany/uchyleń decyzji, na podstawie której strony nabyły lub też nie prawa, przez cały wiek potwierdza jej rangę i niezbędność w polskiej procedurze administracyjnej.

Bibliografia

Źródła

- Ustawa z dnia 25 stycznia 1958 r. o radach narodowych (Dz. U. z 1958 r. Nr 5, poz. 16).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1960 r. Nr 30, poz. 168).
- Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1980 r. Nr 4, poz. 8).
- Ustawa z dnia 24 maja 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1990 r. Nr 34, poz. 201).
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 1998 r. Nr 91, poz. 576).
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 1998 r. Nr 91, poz. 578).
- Ustawa z dnia 29 grudnia 1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa (Dz. U. z 1998 r. Nr 162, poz. 1126).
- Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2010 r. Nr 6, poz. 18).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz.1257).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym (Dz. U. z 1928 r. Nr 36, poz. 341).
- Uchwała Składu Pięciu Sędziów NSA z dnia 19 czerwca 1996 r., FPK 2/96, ONSA 1996, nr 4, poz. 152.
- Wyrok NTA z dnia 17 września 1931 r., L. Rej. 1313/29 – ZW. 423 A.
- Wyrok NTA z dnia 18 grudnia 1933 r. L. Rej. 9633/31 – „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” 1935.
- Wyrok NTA z dnia 9 września 1935 r., L. Rej. 748/33 – ZW NR 1059 A.
- Projekt rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o postępowaniu administracyjnym, „Gazeta Administracji i Policji Państwowej” 1926.

⁷¹ J. Borkowski, B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 826.

Projekt ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (druk nr 2987).

Literatura

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H.Beck, Warszawa 2017.
- Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Borkowski J., *Zmiana lub uchylene ostatecznych decyzji administracyjnych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1967.
- Dawidowicz W., *Ogólne postępowanie administracyjne: zarys systemu*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1962.
- Dawidowicz W., *Zagadnienia „osoby zainteresowanej” we współczesnym polskim postępowaniu administracyjnym*, [w:] Łętowski J., Pruszyński J. P. (red.), *Prawo, administracja, gospodarka. Księga ku czci Profesora Ludwika Bara*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1983.
- Graczyk B., *Postępowanie administracyjne: zarys systemu z dodaniem podstawowych przepisów prawnych*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1953.
- Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red.), *System Prawa Administracyjnego., Prawo procesowe administracyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Iserzon E., *Postępowanie administracyjne. Postępowanie karno-administracyjne. Postępowanie przymusowe w administracji. Ustawa o Najwyższym Trybunale Administracyjnym : przepisy związkowe, orzecznictwo*, Księgarnia Powszechna, Kraków 1938.
- Iserzon E., Starościak J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970.
- Iserzon E., Starościak J., Dawidowicz W., *Podstawowe zagadnienia postępowania administracyjnego*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1955.
- Janowicz Z., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa – Poznań 1987.
- Litwin J., *Z zagadnień mocy obowiązującej niektórych przepisów proceduralnych pod rządem Kodeksu postępowania administracyjnego*, „Palestra” 1961, nr 10.
- Longchamps de Bérier F., *Problem trwałości decyzji administracyjnej*, Polska Akademia Nauk. Instytut Nauk Prawnych, Warszawa 1961.
- Stańczyk P., *Wykształcenie ludności II Rzeczypospolitej w świetle badań GUS*, „Społeczeństwo i Ekonomia” 2016, nr 1 (5).
- Starościak J., Bar L., *Postępowanie administracyjne, karno-administracyjne i przymusowe w administracji*, Zakład Wydawnictw Akademii Nauk Politycznych, Warszawa 1949–1950.
- T. S., *Zmiana i uchylene decyzji administracyjnej*, „Gazeta Administracji” 1947, nr 5–6.
- Woś T. (red.), *Postępowania administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Zimmermann M., *Administracyjne akty prawne rad narodowych*, „ZN UAM. Prawo” 1958, z. 6.

Krzysztof Szymków

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Instytucja stałych opiekunów sądowych 1919–1929

The institution of the permanent court guardian 1919–1929

Streszczenie

Instytucja stałych opiekunów sądowych wpisuje się w historię polskiej kurateli sądowej. Ta zaś jest nierozdzielnie związana z sądownictwem dla nieletnich. Za początek kurateli sądowej należy uznać dekret Naczelnika Państwa, Józefa Piłsudskiego, z 7 lutego 1919 r. o utworzeniu sądów dla nieletnich. Instytucja stałych opiekunów sądowych funkcjonowała w okresie od 1919 do 1929 r., a dokładne ramy czasowe wyznacza wskazywany już wyżej dekret Naczelnika Państwa oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25 czerwca 1929 r. w sprawie przekształcenia instytucji opiekunów sądowych na kuratorów nieletnich przy sądach grodzkich i przy sądach dla nieletnich. To, iż na samym początku istnienia niepodległej Polski zdecydowano się uregulować kwestię sądownictwa dla nieletnich, tworząc sądy dla nieletnich oraz instytucję stałych opiekunów sądowych, świadczy tylko o powadze problemu, z jakim przyszło się zmierzyć młodemu państwu. Celem artykułu jest wskazanie podstaw prawnych, zakresu obowiązków oraz praktycznej działalności stałych opiekunów sądowych. Instytucja stałych opiekunów sądowych to początek polskiej kurateli sądowej oraz nowoczesnego sądownictwa dla nieletnich opartego na stosowaniu w przeważającej części środków opiekuńczo-wychowawczych w postępowaniu z nieletnimi.

Słowa kluczowe

stali opiekunowie sądowi, kuratela sądowa, sądownictwo dla nieletnich

Abstract

The institution of the permanent court guardian is a part of the history of the Polish probation system, which is an integral part of juvenile courts. The decree of the Chief of State Józef Piłsudski from 7 February 1919 setting up juvenile courts ought to be considered the beginning of the probation system. The institution of the permanent court guardian functioned in the period between 1919 and 1929, more precisely set forth in the abovementioned decree of the Chief of State as well as the ordinance of the Minister of Justice from 25 June 1929, which transformed the institution of the court guardian into the probation officer by the municipal and juvenile courts. The fact that at the very beginning of independent Poland the matter of the juvenile judiciary was regulated by setting up juvenile courts as well as the institution of the permanent court guardian only testifies to the seriousness of the problem that the young country had to face. The aim of the article is to present the legal basis, scope of responsibilities as well as the functioning of permanent court guardians. The institution of the permanent court guardians marked the beginning of the Polish probationary system and the modern juvenile courts based mostly on adopting educational measures in treating juvenile delinquents.

Keywords

permanent court guardians, probation system, juvenile courts

1. Wstęp

Kuratela sądowa na ziemiach niepodległej Rzeczypospolitej ma już blisko stuletnią tradycję¹. W dniu 7 lutego 1919 r. Naczelnik Państwa, Józef Piłsudski, podpisał dekret w przedmiocie utworzenia sądów dla nieletnich². Przepisami wykonawczymi do tych przepisów było rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 26 lipca 1919 r. w przedmiocie urządzenia sądów dla nieletnich³. Przy sądach dla nieletnich powstały urzędy stałych opiekunów sądowych do sprawowania nadzoru nad nieletnimi⁴. Celem niniejszej pracy jest wskazanie podstaw prawnych, zakresu uprawnień i obowiązków oraz praktycznej działalności stałych opiekunów sądowych. W pracach dotyczących historii i funkcjonowaniu kuratorów sądowych instytucja stałych opiekunów sądowych jest co najwyżej wzmiankowana. Należy uznać za stosowne i pożądane wypełnienie tej luki. Instytucja stałych opiekunów sądowych funkcjonowała w okresie od 1919 do 1929 r., a dokładne ramy czasowe wyznacza wskazywany już wyżej dekret Naczelnika Państwa z 7 lutego

¹ Metody oddziaływania wychowawczego na nieletnich przestępców bez uciekania się do umieszczenia ich w zakładach karnych znane były od dawna. Niekiedy badacze doszukują się źródeł prawnych instytucji kuratorskiej jeszcze w średniowieczu, np. przytacza się często prawa króla Anglii Athelstana z 940 r. jako pierwszy oryginalny przepis prawny dotyczący systemu *probation*. Przepis ten stanowi, że dziecko poniżej 15 roku życia, podlegające karze śmierci, nie może być poddane tej egzekucji, należy bowiem umieścić je pod nadzorem biskupa bez stosowania kary. Zob. M. Kalinowski, *Nadzór kuratora sądowego – forma wychowania resocjalizacyjnego. Powstanie i rozwój kurateli sądowej dla nieletnich*, [w:] K. Pospiszyl (red.), *Resocjalizacja nieletnich. Doświadczenia i koncepcje*, Wydawnictwo Szkolne i Pedagogiczne, Warszawa 1990, s. 284. Pierwszy sąd dla nieletnich powstał w Stanach Zjednoczonych w 1899 r. w Chicago. Powołanie pierwszego odrębnego sądu zajmującego się rozstrzyganiem spraw dzieci popełniających przestępstwa wiązało się z żywą wówczas działalnością patronatów nad więźniami. Zob. B. Kowalska-Ehrlich, *Zasady postępowania z nieletnimi*, [w:] A. Krukowski (red.), *Prawne podstawy resocjalizacji i zapobiegania przestępczości*, PWN, Warszawa 1979, s. 228.

Analizując historię prawa polskiego, należy podkreślić, iż dawne prawo nie uwzględniało przepisów dotyczących nieletnich. Prawa dziecka regulowały: Statut Litewski z roku 1693 oraz Statut Działyński z 1841 r. W dawnej Polsce rodzina stanowiła instytucję społeczno-wychowawczą dla dzieci. Poszczególne stany troszczyły się w sposób odmienny o los i przyszłość dzieci. Dopiero w roku 1636 król Władysław IV wydał przywilej, na mocy którego utworzono przytułki dla nieletnich pozbawionych opieki rodzicielskiej. Dalszy postęp w tym zakresie nastąpił dopiero pod koniec XVIII wieku i związany był z działalnością Komisji Edukacji Narodowej. W ramach pracy Komisji Edukacji Narodowej opracowano cztery projekty modyfikacji norm prawnych dotyczących opieki i opiekunów małoletnich. Zakładały one między innymi ograniczenie władzy opiekuna i poddanie jego czynności pod nadzór sądu. Zob. K. Marzec-Holka, *Instytucja społecznych kuratorów sądowych w świetle badań*, Wydawnictwo Uczelniane WSP w Bydgoszczy, Bydgoszcz 1994, s. 146.

Pierwszy zakład przeznaczony do resocjalizacji młodocianych przestępców powstał w Polsce w 1829 r. z inicjatywy hr. Fryderyka Skarbka. Również z jego inicjatywy utworzono w dniu 01.10.1830 r. Towarzystwo Wspierające Instytut Dzieci Moralnie Zaniebanych. Towarzystwo funkcjonowało tylko pół roku. Zob. S.L. Krowicki, *Początki resocjalizacji nieletnich*, „Gazeta Szkolna” 2007, nr 9, s. 19.

² Dz. U. RP z 1919 r. Nr 14, poz. 171.

³ Dz. U. RP z 1919 r. Nr 63, poz. 378.

⁴ Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, że powołanie sądownictwa dla nieletnich nastąpiło przed ustanowieniem nowych zasad odpowiedzialności nieletnich, albowiem kodeks postępowania karnego wszedł w życie w 1928 r., a kodeks karny dopiero w 1932 r. Zob. P. Górecki, *Postępowanie poprawcze w sprawach nieletnich*, Wydawnictwo Prawnicze Lex, Sopot 1997, s. 28.

1919 r. oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25 czerwca 1929 r. w sprawie przekształcenia instytucji opiekunów sądowych na kuratorów nieletnich przy sądach grodzkich i przy sądach dla nieletnich⁵. Stali opiekunowie sądowi z dniem 1 lipca 1929 r. zostali kuratorami nieletnich przy sądach grodzkich.

2. Geneza sądownictwa dla nieletnich

Genezy sądownictwa dla nieletnich, w której historię wpisuje się instytucja stałego opiekuna sądowego, a szerzej kuratora sądowego, należy doszukiwać się jeszcze przed odzyskaniem przez Polskę niepodległości. Kiedy w dniu 5 sierpnia 1915 r. po wyparciu wojsk rosyjskich z Warszawy zorganizowano sądy obywatelskie⁶, za niezbędne uznano utworzenie specjalnego sądu dla nieletnich. Na posiedzeniu Sądu Głównego w dniu 10 sierpnia 1915 r. postanowiono utworzyć specjalne sądy dla nieletnich, które miały rozpoznawać sprawy nieletnich przestępców do lat 17. Zdecydowano również tymczasowo, do czasu wprowadzenia odpowiedniego regulaminu, delegować dwóch sędziów pokoju do przewodniczenia w sądach dla nieletnich oraz utworzyć specjalną komisję złożoną z czterech osób celem opracowania projektu regulaminu dla sądów dla nieletnich i projektu organizacji domu wychowawczego dla nieletnich przestępców. Jednocześnie ustalono, że połowę ławników w sądach dla nieletnich mają stanowić kobiety, które należy również powołać do udziału w organizacji domu wychowawczego. Tymczasowo sądy dla nieletnich powinny się stosować do organizacji sądów obywatelskich i sędzić w granicach kompetencji dawnych sądów pokoju. Na sędziów pokoju, którzy mieli przewodniczyć w sądach dla nieletnich, wyznaczono adwokatów przysięgłych Bronisława Sobolewskiego i Mikołaja Korenfelda⁷. Jednakże z powodu rozwiązania sądów obywatelskich przez niemieckie władze okupacyjne powyższych decyzji nie wprowadzono w życie i na terenie byłego zaboru rosyjskiego nie powołano w ogóle sądów dla nieletnich. Gwoli ścisłości należy dodać, iż w zaborze austriackim i niemieckim powołano ich zaledwie kilka, i to tylko w dwóch miastach, w Krakowie i Poznaniu⁸.

Istotne stało się opracowanie kompleksowego modelu sądownictwa dla nieletnich. Uważam za stosowne i wartościowe wzmiankowanie w tym miejscu o pracach związanych z sądownictwem dla nieletnich. Na uwagę zasługują projekty modelu sądownictwa

⁵ Dz. U. RP z 1929 r. Nr 47, poz. 387.

⁶ Sądy obywatelskie sprawowały swe funkcje do 10.09.1915 r. Zob. E. Neymark, *Zakłady wychowawczo-poprawcze dla nieletnich*, [w:] Z. Bugajski (red.), *Księga Jubileuszowa więziennictwa polskiego 1918–1928*, Związek Pracowników Więziennych Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 1929, s. 167.

⁷ A. Mogilnicki, *Dziecko i przestępstwo*, Wydawnictwo M. Arcta w Warszawie, Warszawa 1925, s. 352 – 353.

⁸ M. Koreyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich na tle standardów europejskich*, a Wolters Kluwer business, Warszawa 2015, s. 31.

dla nieletnich opracowane przed uzyskaniem niepodległości przez Mikołaja Korenfelda oraz Emila Stanisława Rappaporta i Aleksandra Mogilnickiego, oba bowiem projekty stanowiły podstawę projektu ostatecznego przygotowanego w odrodzonej Polsce⁹. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości kontynuowano pracę nad reorganizacją sądów dla nieletnich oraz rozszerzeniem ich działalności. Należy zwrócić uwagę, iż w kwestii zwalczania przestępczości nieletnich w poszczególnych dzielnicach państwa polskiego obowiązywały przepisy państw zaborczych, często różniące się między sobą. To przede wszystkim konieczność ujednoczenia przepisów prawnych, uzupełnionych o nowoczesne poglądy w kwestii sądenia nieletnich, ich odpowiedzialności za popełnione czyny, legła u podstaw prac nad ustawą o sądownictwie dla nieletnich¹⁰. Czyniono to w ramach powołanej w roku 1919 Komisji Kodyfikacyjnej¹¹.

Wypracowanie nowych, jednolitych zasad odpowiedzialności nieletnich stało się jedną z pierwszych kwestii, jakimi zajęła się Komisja Kodyfikacyjna, ponieważ obowiązujące przepisy karne państw zaborczych daleko odbiegały od ówczesnych poglądów na temat zwalczania i zapobiegania przestępczości nieletnich. Od końca XIX wieku w prawie karnym torowało sobie drogę przekonanie, że kary stosowane wobec dorosłych nie są odpowiednim środkiem reakcji na przestępczość nieletnich¹². Wydział karny Komisji po dwuletniej pracy opracował projekt ustawy o sądach dla nieletnich, które Zebranie Ogólne Komisji zatwierdziło w dniu 7 grudnia 1921 r. i przesłało ministrowi sprawiedliwości w celu wniesienia go do sejmu. Przy opracowywaniu projektu w ramach Komisji Kodyfikacyjnej starły się dwie wizje modelu sądownictwa dla nieletnich, a osi ą sporu był zakres odpowiedzialności nieletnich za czyny karalne. Zwolennicy bardzo radykalnej reformy chcieli zupełnie usunąć karę jako środek walki z przestępczością nieletnich i zastąpić ją wyłącznie zastosowaniem środków wychowawczych i poprawczych. Przeciwnicy tego rozwiązania chcieli zachować dla pewnej kategorii nieletnich swoistą karę o charakterze poprawczym, zastosowaną nie tylko do celów wychowawczych, lecz także jako „zapłatę” za winę.

Zwyciężyła opcja kompromisowa, a głównym autorem projektu był sekretarz wydziału karnego, Emil Stanisław Rappaport¹³. Zgodnie z tym projektem nieletnich po-

⁹ K. Marzec-Holka, *op. cit.*, s. 147.

¹⁰ A. Czerwiński, *Obecny stan ustawodawstwa karnego przeciwko nieletnim w Polsce*, Lwowski Oddział Zrzeszenia Sędziów i Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, Lwów 1933, s. 9.

¹¹ Należy zaznaczyć, że Komisja Kodyfikacyjna, rozpoczynając prace nad sposobem traktowania nieletnich, nie zaczynała ich od zera, gdyż pierwszy projekt kodeksu karnego zawierającego w rozdziale IV przepisy określające zasady odpowiedzialności nieletnich został opracowany przez Aleksandra Mogilnickiego i Emila Stanisława Rappaporta jeszcze przed odzyskaniem przez Polskę niepodległości – w 1916 r. Zob. A. Strzembosz, *Postępowanie w sprawach nieletnich w prawie polskim*, Wydawnictwo KUL, Lublin 1984, s. 41.

¹² B. Stańdo-Kawecka, *Prawne podstawy resocjalizacji*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 224–225.

¹³ Przed ostatecznym opracowaniem artykułowanego tekstu ustawy o sądach dla nieletnich postanowiono zasięgnąć opinii u prawników szwajcarskich, francuskich i belgijskich. Wśród uczonych i praktyków,

dzielono na dwie kategorie. Pierwsza z nich obejmowała cztery grupy: a) nieletnich, którzy przed ukończeniem 13 lat popełnili czyn zabroniony pod groźbą kary, b) nieletnich, którzy taki czyn popełnili w wieku od 13 do 17 roku życia bez rozeznania, tj. nie osiągnąwszy jeszcze rozwoju umysłowego i moralnego w takim stopniu, by rozumieć istotę i znaczenie popełnionego czynu i kierować swoim postępowaniem, c) nieletnich do lat 17, oddających się nierządowi, żebractwu lub włóczęgostwu, d) nieletnich do lat 17, którzy się źle prowadzą, o ile rodzice ich zwrócą się do sądu dla nieletnich o pomoc. Względem nieletnich tej kategorii sąd miał stosować tylko środki wychowawcze: upomnienie, oddanie rodzicom lub dotychczasowym opiekunom z uprzedzeniem o odpowiedzialności za brak dozoru nad dalszym postępowaniem nieletniego, powierzenie osobie godnej zaufania albo towarzystwu patronatu lub innej instytucji, umieszczenie w odpowiednim zakładzie państwowym lub prywatnym.

Drugą kategorię stanowili nieletni w wieku od 13 do 17 lat, którzy popełnili czyn zabroniony pod groźbą kary z rozeznaniem, a więc w chwili popełnienia rozumieli istotę i znaczenie czynu, a tym samym mogli kierować swoim postępowaniem. W założeniu projektodawcy nieletni ci osiągnęli dostateczny poziom rozwoju zarówno umysłu, jak i woli, żeby móc stanąć przed sądem jako jednostki odpowiedzialne. Do tych nieletnich sąd powinien stosować środki poprawcze, które są czymś pośrednim pomiędzy wychowaniem a karą – są surowsze od środków wychowawczych, ale jeszcze nie stanowią kary, w tym znaczeniu, w jakim prawo karne stosuje je względem osób dorosłych. Dla tej kategorii nieletnich zasadniczym środkiem poprawczym winno być umieszczenie w zakładzie poprawczym. Sąd mógł, ale nie musiał umieścić nieletniego w zakładzie poprawczym. Możliwe było zawieszenie wykonania orzeczenia na czas próby trwający od jednego roku do trzech lat i zastosowanie środków wychowawczych, wspomnianych powyżej. Projekt nie używał pojęcia „przestępstwo”, wychodząc z założenia, że dziecko nie popełnia przestępstwa, tylko czyn zabroniony pod groźbą kary, czyn, który byłby przestępstwem, gdyby go popełnił dorosły, będący w pełni rozwoju sił fizycznych, umysłowych i moralnych¹⁴. Niestety, na projekcie tylko się skończyło.

którzy wypowiedzieli się na temat polskich koncepcji prawnych wymienić należy: prof. Stossa, autora szwajcarskiego projektu ustawy o nieletnich, prof. Gleispacha, prezesa austriackiego zjednoczenia kryminalistycznego oraz belgijskiego sędziego Wetza. Nieoczekiwany rezultat przyniosła wizyta konsultacyjna prof. Rappaporta we Francji. Znany prawnik francuski, prof. Garcon, u którego zasięgał opinii przedstawiciel polskiej Komisji Kodyfikacyjnej, powołał pod swoim przewodnictwem zespół złożony z prawników francuskich. I to właśnie projekt francusko-polski został uznany przez Komisję Kodyfikacyjną za podstawę dalszych prac. Zob. M. Regent-Lechowicz, *Propozycja nowego ujęcia zasad walki z przestępczością nieletnich w Polsce Ludowej*, „Przegląd Penitencjarny” 1969, nr 1, s. 4.

¹⁴ A. Mogilnicki, *op. cit.*, s. 358–361.

Projekt ustawy o sądach dla nieletnich nie został jednak skierowany do Sejmu. Prawdopodobnie był on przedwczesny z uwagi na ogólną sytuację ekonomiczną w kraju¹⁵.

W okresie dwudziestolecia międzywojennego nie doczekano się ustawy o sądach dla nieletnich. Poza wspomnianym na samym początku dekretem Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. o utworzeniu sądów dla nieletnich oraz rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości, Leona Supińskiego, z 26 lipca 1919 r. w przedmiocie urządzania sądów dla nieletnich podstawowymi aktami prawnymi regulującymi odpowiedzialność nieletnich były przepisy postępowania karnego z 1928 r. oraz przepisy kodeksu karnego z 1932 r.¹⁶ By dopełnić obrazu regulacji prawnych przedmiotowej materii okresu międzywojennego, należy wspomnieć o rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 1927 r. (z mocą obowiązującą od 1 maja 1927 r.) o urządzeniu sądów dla nieletnich¹⁷, rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 maja 1929 r. (z mocą obowiązującą od 1 kwietnia 1929 r.) o wynagrodzeniu opiekunów sądowych¹⁸, rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 25 czerwca 1929 r. w sprawie przekształcenia insty-

¹⁵ B. Kowalska-Ehrlich, *op. cit.*, s. 209. Problem braku środków finansowych na urządzenie kompleksowego systemu sądownictwa dla nieletnich podniósł także Stanisław Posner w artykule *W sprawie Sądów dla Nieletnich* opublikowanym w czasopiśmie „Opieka nad dzieckiem” 1927, nr 5, s. 235–236. Bardziej szczegółowych informacji dostarcza autor artykułu *Historia powstania sądów dla nieletnich*, podpisany jako Zetbe. Artykuł został umieszczony w czasopiśmie „W służbie penitencjarnej” 1936, nr 6, s. 6. Według autora projekt ustawy spotkał się ze sprzeciwem Ministerstwa Skarbu, które obawiało się, że realizacja projektu związana będzie z wielkimi wydatkami ze Skarbu Państwa.

¹⁶ Rozdział II Księgi XI kodeksu postępowania karnego (Dz. U. RP z 1928 r. Nr 33, poz. 313) nosił tytuł: *Postępowanie w sprawach nieletnich* i obejmował artykuły 474–495; określał zasady postępowania w sprawach o popełnione przez nieletnich czyny zabronione przez ustawę karną jako przestępstwa. Zob. J. Kostarczyk-Gryszka, *Zasady odpowiedzialności nieletnich w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1973, z. 57. *Przestępczość nieletnich*, s. 9.

W przypadku kodeksu karnego (Dz. U. RP z 1932 r. Nr 60, poz. 571) postępowanie z nieletnimi regulował Rozdział XI. Artykuły 69–78 określały odpowiedzialność karną nieletniego, stosowane środki wychowawcze i poprawcze. Za przestępcę nieletniego uznawał kodeks karny osobę, która popełniła czyn zabroniony pod groźbą kary przed ukończeniem 17 lat. Wśród tych nieletnich istniały trzy kategorie, mianowicie osoby, które nie ukończyły lat 13, osoby, które nie ukończyły lat 17 i popełniają czyn karygodny bez rozeznania, oraz osoby, które nie ukończyły lat 17 i popełniły czyn karygodny z rozeznaniem. Osoby pierwszej kategorii, co do których obojętne jest, czy popełniły czyn karygodny z rozeznaniem, czy bez rozeznania, oraz osoby drugiej kategorii nie ulegają żadnej karze przewidzianej w kodeksie karnym, natomiast osoby trzeciej kategorii ulegają swoistej karze zwanej zakładem poprawczym. Kodeks karny (dalej k.k.) przewidywał jednak sytuacje, w których umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym byłoby już niecelowe i w takich wypadkach należało skazać nieletniego na zwykłą karę, przewidzianą w ustawie, przy czym karę tę należało nadzwyczajnie złagodzić. O tych sytuacjach wspominają przepisy art. 76 i 77 k.k., przy czym warunkiem tego rodzaju skazania jest według przepisu art. 76 k.k. wszczęcie postępowania karnego po ukończeniu przez nieletniego 17 roku życia, zaś według przepisu art. 77 k.k. ukończenie przez skazanego na zakład poprawczy 20 roku życia i nieumieszczenie go do tego czasu w tymże zakładzie. Zob. Z. Papierkowski, *Przestępcy nieletni a środki zabezpieczające*, „Palestra” 1938, nr 5, s. 455, oraz Z. Papierkowski, *Fragmenty z dziedziny prawa karnego dotyczącego nieletnich*, „Palestra” 1939, nr 5, s. 601–602. Warto nadmienić również, iż zasady odpowiedzialności nieletnich za wykroczenia regulował art. 6 prawa o wykroczeniach z 1932 r. (Dz. U. RP z 1932 r. Nr 60, poz. 572). Zob. J. Kostarczyk-Gryszka, *op. cit.*, s. 9.

¹⁷ Dz. U. RP z 1927 r. Nr 40, poz. 365.

¹⁸ Dz. U. RP z 1929 r. Nr 35, poz. 321.

tucji opiekunów sądowych na kuratorów nieletnich przy sądach grodzkich i przy sądach dla nieletnich¹⁹. Tym samym, stali opiekunowie sądowi, powołani do życia dekretem z dnia 7 lutego 1919 r., stali się z dniem 1 lipca 1929 r. kuratorami nieletnich przy sądach grodzkich. W razie utworzenia w sądzie okręgowym obecnych sądów dla nieletnich mieli być mianowani kuratorzy nieletnich przy sądach dla nieletnich²⁰. Ostatnim aktem w tym okresie było rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 25 czerwca 1935 r. o kuratorach nieletnich anulujące jednocześnie obowiązujące dotychczas przepisy regulujące status kuratora nieletnich (Dz. U. RP Nr 46, poz. 316)²¹. Na mocy tego rozporządzenia zrezygnowano z zawodowego modelu kurateli i zastąpiono go modelem społecznym. Określono, że kurator dla nieletnich jest funkcją honorową i mogą ją wykonywać osoby mające odpowiednie kwalifikacje „w zakresie opieki nad dzieckiem moralnie zaniedbanym”. Kuratora powoływał prezes sądu apelacyjnego, Minister Sprawiedliwości określał zaś liczbę kuratorów dla nieletnich w poszczególnych sądach apelacyjnych. Co ciekawe, w okresie międzywojennym nie doszło do powstania kurateli sądowej dla dorosłych, mimo że powołanie takiej instytucji umożliwiał Kodeks karny z 1932 r.²²

3. Prawne podstawy działalności stałych opiekunów sądowych

Na podstawie dekretu Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 lipca 1919 r. w dniu 1 września 1919 r. utworzono sądy dla nieletnich w Warszawie, Łodzi i Lublinie²³. Do kompetencji sądów nale-

¹⁹ Dz. U. RP z 1929 r. Nr 47, poz. 387.

²⁰ Należy dodać, że w niepodległej Polsce do 1 września 1932 r. w zakresie prawa karnego materialnego obowiązywały trzy kodeksy karne: Kodeks karny austriacki z 1852 r., Kodeks karny Rzeszy z 1871 r. oraz rosyjski Kodeks karny Tagancewa z 1903 r. Równocześnie do 1 lipca 1929 r. obowiązywały ustawy o postępowaniu karnym, tj. rosyjska ustawa o procedurze karnej z 1864 r., niemiecki Kodeks postępowania karnego z 1877 r. oraz austriacki Kodeks postępowania karnego z 1873 r. Zob. M. Kalinowski, J. Pełka, *Zarys dziejów resocjalizacji nieletnich*, Wyższa Szkoła Pedagogiki Specjalnej im. Marii Grzegorzewskiej, Warszawa 1996, s. 103 oraz T. Maciejewski, *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 354.

²¹ K. Marzec-Holka, *op. cit.*, s. 147–148.

²² T. Jedynak, K. Stasiak (red.), *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, LexisNexis Polska, Warszawa 2014, s. 21.

²³ System sądowy w pierwszym dziesięcioleciu istnienia II Rzeczypospolitej opierał się głównie na regulacjach prawnych byłych państw zaborczych. Regulacje te były następnie zmieniane i dostosowywane przez polskiego ustawodawcę do potrzeb państwa polskiego. System sądowy funkcjonował jako czteroszczeblowy. Na najwyższym szczeblu działał Sąd Najwyższy, powołany już na początku 1919 r. i zastępujący sądy najwyższe państw zaborczych; poniżej funkcjonowały sądy apelacyjne i sądy okręgowe, których organizacja i sposób funkcjonowania były zbliżone w poszczególnych byłych dzielnicach. Najistotniejsze różnice istniały na szczeblu sądów najniższych. W byłym zaborze rosyjskim były to sądy pokoju, w byłym zaborze austriackim i pruskim oraz na terenie województwa śląskiego – sądy powiatowe. Dodatkowo na obszarze byłego zaboru pruskiego i województwa śląskiego funkcjonowały przy sądach powiatowych lub zamiast nich tak zwane sądy ławnicze oraz sądy pokoju. Zob. M. Materniak-Pawłowska, *Struktura polskich sądów powszechnych w latach 1917–1928*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2001, t. LIII, z. 1, s. 275–276.

żało rozpoznanie spraw karnych wytaczanych przeciwko nieletnim w wieku do 17 roku życia oraz osobom starszym, oskarżonym o czyny występne przeciwko nieletnim w wieku do 17 lat, które należały do właściwości sądów pokoju²⁴. Cechą charakterystyczną było powierzenie sądom dla nieletnich również spraw dorosłych, oskarżonych o przestępstwa przeciwko nieletnim²⁵.

Artykuł 2 dekretu powoływał urząd stałych opiekunów sądowych. Mieli być powoływani bezpośrednio przez sędziego, a w sprawowaniu swych obowiązków podlegali jego wskazówkom. Oczywiście rodziło to pewną zależność i podległość, jednak z drugiej strony było pewną gwarancją skutecznego działania i szybkiej wymiany informacji. Dekret milczy na temat predyspozycji, tak charakterologicznych, jak i merytorycznych opiekunów sądowych, jedynie wzmiankuje, iż powinny to być osoby „szczególnie kwalifikujące się do sprawowania nadzoru nad nieletnimi”. Stwierdzenie wyjątkowo nieostre, zbyt ogólne, dające dużo możliwości w doborze współpracowników sędziego, co wcale jednak nie musi być zarzutem. Także w artykule 2 znajdujemy informacje, iż opiekunowie sądowi mieli pobierać stałe wynagrodzenie z funduszków dyspozycyjnych sądu. To oznacza, iż za swoje obowiązki pobierali wynagrodzenie, nie była to więc funkcja czysto honorowa, społeczna. Natomiast artykuł 3 informuje, iż przy sądach dla nieletnich mogły być utworzone specjalne izby zatrzymań dla nieletnich, którzy przebywaliby tam pod dozorem opiekuna sądowego lub, co ciekawe, innej osoby, wyznaczonej przez sędziego²⁶.

Przepisami wykonawczymi, o których mówi artykuł 4 dekretu, było rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości, Leona Supińskiego, z 26 lipca 1919 r. w przedmiocie urządzenia sądów dla nieletnich. Rozporządzenie poza wskazówkami dla sędziów w przedmiocie traktowania nieletnich oraz wskazaniem zasad, jakimi powinien kiero-

²⁴ M. Korcyl-Wolska, *op. cit.*, s. 31. Warto nadmienić, iż postępowanie przed sądem pokoju odbywało się bez udziału prokuratora. Od wyroku zaocznego służyła opozycja, którą rozstrzygał sąd pokoju. Natomiast od wyroku sądu pokoju służyła apelacja, którą rozstrzygał sąd okręgowy, zaś od ostatecznego wyroku Sądu Okręgowego przysługiwała skarga w drodze kasacji do Sądu Najwyższego. Zob. J. Bossowski, *Proces karny*, [w:] A. Peretiatkowicz (red.), *Encyklopedia prawa obowiązującego w Polsce, część II*, Fiszer i Majewski, Poznań 1923, s. 122–123.

²⁵ W. Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego, tom trzeci*, Instytut Wydawniczy Biblioteka Polska, Warszawa 1936–1937, s. 1047.

²⁶ Analizie krytycznej poddał dekret Włodzimierz Szmidt, zob. *idem*, *Organizacja sądów pokoju do spraw nieletnich*, Druk „Gazety Rolniczej” (W. Musielewicz), Warszawa 1919. Przede wszystkim zwraca uwagę, iż dekret skupia się na formalnej stronie wprowadzenia sądów dla nieletnich, nie reguluje kwestii sądenia nieletnich w pozostałych, poza Warszawą, Łodzią i Lublinem, miastach. Nieuregulowana również została kwestia odwoływania się od wyroków do drugiej instancji. Ponadto autor zwraca uwagę na brak uregulowań dotyczących przeprowadzenia rozprawy przy drzwiach zamkniętych oraz sądenia nieletnich w jednoosobowym składzie. W ocenie autora skuteczna walka z przestępczością nieletnich powinna być oparta na czterech filarach: specjalne sądy dla nieletnich, instytucja kuratora sądowego, specjalizacja środków stosowanych względem nieletnich oraz instytucje państwowe wyspecjalizowanych w opiece nad opuszczonymi i zaniedbanymi nieletnimi.

wać się sędzia, zawiera potwierdzenie, iż opiekunami sądowymi mogły być osoby „szczególnie kwalifikujące się do kierowania i nadzoru nad nieletnimi” (artykuł 3). Rozporządzenie w pewnym stopniu uszczegóławia zakres obowiązków opiekunów sądowych, chociaż z pewnością nie wyczerpuje go. Mówi o tym artykuł 3, który wskazuje podstawowe obowiązki opiekunów:

- opiekunowie sądowi są pomocnikami sędziego w zbieraniu informacji o nieletnich;
- będą zajmować się nieletnimi niepozostającymi pod dozorem rodziców;
- będą zajmować się nieletnimi pozostającymi pod dozorem rodziców;
- będą sprawować nadzór nad nieletnimi, pozostającymi w okresie zawieszenia wykonania kary.

Tenże sam artykuł potwierdzał, iż opiekunowie sądowi mieli pobierać wynagrodzenie z funduszków dyspozycyjnych sądów. Dalsze artykuły rozporządzenia określały charakter postępowania karnego wobec nieletnich, a mianowicie stanowiły, że „sędzia musi pamiętać o stronie wychowawczej i dążyć do tego, by nieletnich kierować na drogę poprawy”, postępować, „mając ciągle i zawsze na względzie pozyskanie w przyszłości w nieletnim pożytecznej jednostki społecznej oraz jego rozwój i wiek”²⁷. Rozporządzenie miało charakter poprawczy. Świadczy o tym zapis dotyczący przebiegu rozprawy, która miała być pozbawiona wszelkiej oficjalności i toczyć się przy drzwiach zamkniętych. W razie niejasności co do stanu zdrowia lub przebiegu wychowania nieletniego mogli być powoływani biegli lekarze lub pedagodzy. Charakter poprawczy rozporządzenia potwierdzają również powody rozpatrywania sprawy nieletniego. Nie tylko wtedy wnoszono sprawę do sądu, gdy popełnił on czyn karalny, ale także kiedy zwrócili się do sądu rodzice ze skargą lub on sam poprosił o pomoc i opiekę. Nowością była możliwość ukarania rodziców niewypełniających należycie swych obowiązków wychowawczo-opiekuńczych. Te dwa rodzaje spraw o szczególnym charakterze, z których pierwsza grupa zbliżona była do francuskiej instytucji *correction paternelle*, druga zaś umożliwiała sądowi interwencję w sprawach dzieci zaniedbanych i opuszczonych, dawały ówczesnym sądom dla nieletnich możliwość oddziaływania w sposób głęboki i bardzo elastyczny w celu zapobiegania zagrożeniu moralnemu i przestępczości nieletnich²⁸.

Ponadto w rozporządzeniu zalecano stosowanie w najszerszym zakresie prawa zawieszenia wykonania kary (art. 8). W wypadku osadzenia nieletniego w więzieniu miał on być umieszczony w osobnym oddziale dla nieletnich (art. 10). Przepisy rozporządzenia obejmują szeroką skalę środków postępowania z nieletnimi: od tych o charakterze

²⁷ D. Raś, *O poprawie winowajców w więzieniach i zakładach dla nieletnich*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2007, s. 50.

²⁸ W. Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna...*, s. 1048.

opiekuńczo-wychowawczym do karnych. Przeważa jednak zdecydowanie poprawczy charakter środków. Charakter represyjny (choć z łagodzony) miał przepis dotyczący oddziałów dla nieletnich w więzieniach, funkcjonujący obok przekonania ustawodawcy, że w niektórych wypadkach wskazane jest umieszczenie nieletniego w innej rodzinie pod nadzorem opiekuna sądowego i wytoczenie sprawy karnej rodzicom²⁹. W ten oto sposób sądy dla nieletnich w Warszawie, Łodzi i Lublinie rozpoczęły działalność w dniu 1 września 1919 r. Tym samym jest to data rozpoczęcia działalności stałych opiekunów sądowych. W miejscowościach, gdzie nie było sądów dla nieletnich, sądy ogólne powinny były się stosować do przepisów o sądach dla nieletnich³⁰.

4. Instrukcja dla opiekunów sądowych, ich uprawnienia i obowiązki

Artykuł 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 26 lipca 1919 r. w przedmiocie urządzenia sądów dla nieletnich wskazywał, iż „opiekunowie sądowi będą podlegali dyrektywie sędziego według wydanej instrukcji”. Instrukcja ta została stworzona przez Antoniego Komorowskiego w marcu 1925 r. i nosi tytuł *Instrukcja dla Opiekunów Sądowych przy Sądzie Pokoju dla nieletnich m. st. Warszawy*³¹. Instrukcja zawierała 17 paragrafów i stanowiła swego rodzaju metodykę pracy opiekuna sądowego.

Zgodnie z instrukcją opiekun sądowy był powoływany przez sędziego, pełnił funkcję jego pomocnika, a jego podstawowe zadanie stanowił dobroczynny wpływ na moralność nieletniego „oddanego mu pod opiekę oraz użycie środków, dążących do jego poprawy, wdrażanie go do pracy i ułatwienie mu życia porządnego i zgodnego z prawem, a zarazem wpływ moralny na otoczenie nieletniego”. Opiekun sądowy zbierał informacje o nieletnim, o stanie materialnym i moralnym środowiska „i dane te, ustalone za pomocą badania nieletniego, jego rodziców lub opiekunów, sąsiadów i dozorczy domu, zapisywał do schematu wywiadu”. Wynika z tego podstawowy obowiązek opiekuna sądowego jako pomocnika sędziego, który wykonywał zlecenia w sprawach nieletnich. Jego praca polegała przede wszystkim na wywieraniu wpływu moralnego na nieletniego oddanego mu pod opiekę oraz użyciu środków mających na celu jego poprawę, wdrażanie go do pracy oraz ułatwianie mu prowadzenia życia godnego i zgodnego z prawem³².

²⁹ D. Raś, *op. cit.*, s. 50–51.

³⁰ *Ibidem*, s. 51.

³¹ Antoni Komorowski pełnił urząd sędziego nieletnich w Warszawie. Tekst instrukcji został umieszczony między innymi w: A. Komorowski, *Praktyczna działalność Koła Opiekunów Sądowych przy Sądzie dla nieletnich m.st. Warszawy*, [w:] A. Komorowski, E. Neymark, Z. Rosenblum, *O sądownictwie dla nieletnich w Polsce*, Dział Wydawnictw Związku Spółdzielni Spożywców, Warszawa 1928, s. 25–28.

³² J. Mazur, *Opieka i resocjalizacja wobec przestępczości nieletnich w okresie międzywojennym na przykładzie Lublina*, Oficyna Wydawnicza „Impuls”, Kraków 2017, s. 100.

Po zbadaniu środowiska opiekun wydawał opinię, czy:

- „a) stan moralny rodziny jest dobry i wówczas można nieletniego zostawić pod jej opieką,
- b) stan moralny rodziców jest wątpliwy, i trzeba nieletniemu dodać opiekuna sądowego,
- c) stan moralny rodziny jest zły, i trzeba nieletniego umieścić w zakładzie opiekuńczym, bądź też oddać do zakładu wychowawczo-poprawczego”.

Opinia opiekuna sądowego stanowiła podstawę orzeczenia objęcia nieletniego opieką lub umieszczenia go w zakładzie opiekuńczym bądź zakładzie wychowawczo-poprawczym. Jeżeli sąd orzekł objęcie nieletniego opieką opiekuna sądowego, tenże podejmował współpracę z rodziną oraz samym nieletnim. Praca opiekuna sądowego z rodziną polegała przede wszystkim na uświadamianiu rodzicom i opiekunom nieletniego niebezpieczeństw grożących nieletniemu, a wynikających z braku higieny, używania alkoholu, zaniedbywania dozoru nad nieletnim, nadto nadmiernego karcenia czy nawet brutalnego postępowania. Opiekun sądowy „zwiększał czujność rodziców lub opiekunów nad postępowaniem nieletniego, podnosił w jego oczach ich powagę, łagodził stosunek, napominał ich”. Jeśli jednak podejmowane działania nie przynosiły efektów, wówczas składał sędziemu wnioski o umieszczenie nieletniego w zakładzie opiekuńczym „i ewentualne pociągnięcie winnego ojca, matkę lub opiekuna do odpowiedzialności (420, 421, 423, 524, 525 i 528 K.K.³³)”.

Opiekun sądowy odwiedzał nieletniego lub też sam nieletni zgłaszał się do opiekuna i zdawał relacje z prowadzonego trybu życia „z początku częściej, następnie rzadziej, ale najmniej raz na miesiąc”. W przypadku zawieszenia wykonania kary i oddania nieletniego pod opiekę opiekuna sądowego sporządzane było pisemne zobowiązanie, swego rodzaju kontrakt, w którym nieletni zobowiązywał się do „wykonywania jednych warunków, zaniechania innych”. Nieletni był ostrzegany, iż w przypadku niewywiązania się z warunków zobowiązania „zawieszona kara będzie wykonana”. To od realizacji zobowiązań zależał dalszy los nieletniego. „Jeżeli nieletni nie dopełniał swoich zobowiązań i, nie bacząc na przestrogi i napomnienia, wiódł życie próżniacze, nieporządne i pozostawał w złem i gorszącem towarzystwie, tak że należy się obawiać rychłej recydywy, opiekun zwracał się do Sądu z wnioskiem o uchylenie zawieszzonego wyroku i wykonanie wyznaczonego w nim środka lub kary”.

Opiekun sądowy mógł być obecny podczas rozprawy sądowej i uczestniczyć w niej w sposób czynny, poprzez zadawanie pytań, tak nieletniemu, jak i jego rodzicom oraz

³³ Przywołane przepisy Kodeksu karnego dotyczą obowiązującego na terenie byłego zaboru rosyjskiego Kodeksu karnego Tagancewa z 1903 r. Przepisy rosyjskiego kodeksu karnego obowiązywały do roku 1932, kiedy wszedł w życie Kodeks karny stworzony przez Komisję Kodyfikacyjną.

opiekunom, a także poprzez zdawanie sprawozdania z przeprowadzonego wywiadu. Wszystko to „celem wszechstronnego wyjaśnienia sprawy”. Kiedy nieletni został umieszczony np. w zakładzie opiekuńczym, prowadzony „dozór opiekuna sądowego nie ustawał w ciągu czasu, na jaki kara została zawieszona nieletniemu. W innych wypadkach opieka ustawała, gdy na wniosek opiekuna sędziego uznał, że skutkiem ustalenia się bytu nieletniego, opieka stała się zbyteczna”. Gdy opiekun sądowy powziął informacje o wykroczeniach względem nieletniego „(art. 283, 315, p. 4, 365, 366, 524, 528 i 529 K.K.) zawiadamiał sędziego w celu pociągnięcia według jego uznania winnych do odpowiedzialności”. Jeśli zaistniała taka potrzeba, opiekun sądowy celem „zapobieżenia złym dla nieletniego skutkom” mógł zwrócić się do policji z wnioskiem o podjęcie interwencji.

Opiekun sądowy prowadził dziennik czynności i „zdawał z nich sprawę sędziemu na posiedzeniach przezeń zwoływanych”. Mógł również zwrócić się do sędziego o stosowne wskazówki. Opiekunowie sądowi działali w okręgach komisariatów, na terenie których zamieszkiwali, jednak w porozumieniu z sędziami mogli pełnić swe obowiązki na terenach innych okręgów, wyznaczonych przez komisariaty.

Jeśli opiekun sądowy przez okres dłuższy niż miesiąc nie mógł pełnić obowiązków „lub w razie zupełnej niemożności dalszego ich pełnienia, zawiadamiał o tem sędziego w celu wyznaczenia zastępcy w razie czasowej przeszkody, a wykreślenia z listy opiekunów sądowych w razie zrzeczenia się obowiązków. W tym ostatnim wypadku opiekun winien zwrócić wydaną mu przez sędziego legitymację”. W przypadku zleceń opieki nad nieletnimi, które były pilne, opiekun sądowy, w sytuacji kiedy nie był w stanie ich podjąć, „zdawał innemu opiekunowi za jego zgodą”. W tej sytuacji nie była wymagana zgoda sędziego.

Opiekunowie sądowi tworzyli Koło Opiekunów Sądowych przy sądzie dla nieletnich i zbierali się raz w miesiącu „na zaproszenie sędziego w terminach przezeń wyznaczonych”. Posiedzenia Koła odbywały się pod przewodnictwem sędziego lub wyznaczonego przez sędziego opiekuna. Spośród członków Koła wybierany był sekretarz, „do obowiązków którego należało prowadzenie protokołów posiedzeń Koła, korespondencja z instytucjami, sporządzanie listy zakładów opiekuńczych, wszelkich zakładów dla dzieci i młodzieży oraz utrzymywanie z nimi kontaktu Koła Opiekunów, jakoteż układanie rocznych sprawozdań z działalności opiekunów sądowych”.

Zakres uprawnień i obowiązków opiekunów sądowych można podzielić na dwie kategorie. Pierwsza obejmuje działania niewywołujące skutków prawnych i jest to: wpływ na moralność nieletniego, wskazywanie pozytywnych wzorców zachowań, zbieranie informacji na temat środowiska, w którym przebywa nieletni, jego warunków bytowych, także wpływu najbliższego otoczenia na nieletniego. To również praca z rodzi-

ną nieletniego, uświadamianie potrzeby zachowywania higienicznego trybu życia, wskazywanie skutków nadużywania alkoholu. Opiekun sądowy, w przypadku nieletniego, który otrzymał warunkowe zawieszenie kary, spisywał z nieletnim swoisty kontrakt, w którym znajdowały się określone zobowiązania nieletniego w zakresie pożądanego zachowania, jak i powstrzymywania się od innych zachowań. Opiekun sądowy, jeśli zachodziła taka potrzeba, mógł zwrócić się o pomoc do policji. Druga kategoria uprawnień to działania mogące wywoływać określone skutki prawne. Przede wszystkim opiekun prawny na wczesnym etapie postępowania, oceniając środowisko nieletniego, mógł wydać opinię o potrzebie przydzielenia nieletniemu opiekuna sądowego lub nawet o potrzebie umieszczenia nieletniego w zakładzie opiekuńczym lub wychowawczo-poprawczym. W przypadku niewywiązywania się nieletniego z nałożonych zobowiązań opiekun sądowy miał prawo zwrócić się do sądu z wnioskiem o uchylenie zawieszono go wyroku i wykonanie kary. Opiekun sądowy miał prawo uczestniczyć czynnie w rozprawie sądowej przez zadawanie pytań i zdawanie relacji z przeprowadzonego wywiadu. W przypadku dostrzeżenia wykroczeń lub występków względem nieletnich opiekun sądowy był zobowiązany powiadomić sędziego, który pociągał do odpowiedzialności winnych. Jeżeli rodzina lub opiekunowie mieli negatywny wpływ na nieletniego, opiekun sądowy składał sędziemu wniosek o umieszczenie nieletniego w zakładzie opiekuńczym i ewentualne pociągnięcie rodziców lub opiekunów do odpowiedzialności.

Kolejny podział obowiązków i oddziaływań opiekuna sądowego dotyczy tych względem samego nieletniego oraz tych względem rodziny nieletniego. W przypadku nieletniego opiekun sądowy oddziaływał na jego sferę moralną, wskazywał pozytywne wzorce zachowań, dążył do jego poprawy, udzielał pomocy w codziennych obowiązkach, także w poszukiwaniu pracy. Poza, nazwijmy to, werbalnymi środkami oddziaływania na nieletniego, opiekun sądowy spisywał z nieletnim, który pozostawał w okresie próby, wspominany już wyżej swego rodzaju kontrakt. W kontrakcie zawarte były zobowiązania nieletniego, tak w kwestii określonych zachowań, jak i powstrzymywania się od działań niepożądanych. Jeżeli nieletni nie wywiązywał się z postanowień kontraktu, opiekun sądowy zwracał się do sądu z wnioskiem o odwieszenie zasądzonej kary. W przypadku oddziaływań na rodzinę nieletniego, opiekun sądowy dokonywał oceny stanu moralnego rodziny i w zależności od oceny wydawał opinię będącą podstawą nawet do umieszczenia nieletniego w zakładzie opiekuńczym lub zakładzie wychowawczo-poprawczym. Poza tym opiekun sądowy podejmował współpracę z rodziną nieletniego, uświadamiał potrzebę zachowywania higieny, skutków nadużywania alkoholu oraz bezskuteczności stosowania kar cielesnych. Jeżeli nie przynosiło to rezultatu, opiekun sądowy składał do sędziego wnioski o umieszczenie nieletniego w zakładzie opiekuńczym i ewentualne pociągnięcie rodziców lub opiekunów do odpowiedzialności.

W centrum działań i zainteresowań opiekuna sądowego pozostawał nieletni. To on był źródłem i celem wszelkich oddziaływań. To troska o jego dobro, resocjalizacja, uchronienie przed negatywnym wpływem otoczenia przyświecała wszystkim działaniom podejmowanym przez opiekuna sądowego.

Zakres zadań i odpowiedzialności stałych opiekunów sądowych niewiele różni się od zadań i zakresu obowiązków dzisiejszych kuratorów sądowych. W dalszym ciągu jest to zbieranie informacji na temat nieletniego, wywiad w jego środowisku, praca z nieletnim nad poprawą jego zachowania, odwiedzanie nieletniego w miejscu jego zamieszkania, wypełnianie nałożonych nań obowiązków, a przede wszystkim przywrócenie nieletniego społeczeństwu i uchronienie go przed kolejnymi kolizjami z prawem. Stali opiekunowie sądowi tworzyli Koło Opiekunów Sądowych, obecnie jest to Zespół Kuratorskiej Służby Sądowej.

Zagadnieniem, na które warto zwrócić uwagę, jest kwestia wynagradzania opiekunów sądowych z tytułu pełnionej funkcji. Zarówno dekret z 7 lutego 1919 r., jak i rozporządzenie z 26 lipca tego samego roku mówią o stałym wynagrodzeniu, które miało pochodzić z funduszków dyspozycyjnych sądów. Niestety, ani sam dekret, ani przepisy wykonawcze nie wskazują kwoty wynagrodzenia opiekunów sądowych. Zmianę przyniosło rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 1927 r. (z mocą obowiązującą od 1 maja 1927 r.) o urzędzeniu sądów dla nieletnich³⁴. Ostatni ustęp artykułu 3 rozporządzenia z 1919 r. został zastąpiony zapisem, iż opiekunowie sądowi pobierają wynagrodzenie ze Skarbu Państwa. Jednakże obok płatnych opiekunów sądowych mogą być powoływani honorowi opiekunowie sądowi, niepobierający wynagrodzenia. Warunkiem ich powołania miało być pisemne zrzeczenie się przez nich wynagrodzenia. Wynagrodzenie płatnych opiekunów sądowych ustalono na kwotę 200 zł miesięcznie w Warszawie oraz 175 zł poza Warszawą. Wagę rozporządzenia, poza kwestią prawnego uregulowania wynagradzania opiekunów sądowych, zwiększa fakt powołania honorowych, niepobierających wynagrodzenia opiekunów sądowych. Mamy więc do czynienia z początkiem społecznej kurateli sądowej. Powyższe stawki wynagradzania płatnych opiekunów sądowych obowiązywały do 1 kwietnia 1929 r., kiedy weszło w życie rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 maja 1929 r. o wynagrodzeniu opiekunów sądowych³⁵. Paragraf 1 rozporządzenia podwyższał wynagrodzenie płatnych opiekunów sądowych w Warszawie do kwoty 300 zł miesięcznie, natomiast poza Warszawą do kwoty 250 zł. Rozporządzenie obowiązywało tylko do 30 czerwca 1929 r.

W dniu 25 czerwca 1929 r. ogłoszono kolejne rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie przekształcenia instytucji opiekunów sądowych na kuratorów nielet-

³⁴ Dz. U. RP z 1927 r. Nr 40, poz. 365.

³⁵ Dz. U. RP z 1929 r. Nr 35, poz. 321.

nich przy sądach grodzkich i przy sądach dla nieletnich³⁶. Stali opiekunowie sądowi, powołani do życia dekretem z dnia 7 lutego 1919 r., stali się z dniem 1 lipca 1929 r. kuratorami nieletnich przy sądach grodzkich.

5. Praktyczna działalność Koła Opiekunów Sądowych

Początki działalności opiekunów sądowych nie były łatwe. Dość stwierdzić, iż Koło Opiekunów Sądowych w Warszawie zawiązało się dopiero w lutym 1925 r. i liczyło początkowo 13 członków – były to zarówno kobiety, jak i mężczyźni³⁷. Liczba opiekunów sądowych wzrastała, w 1927 r. Koło Opiekunów liczyło już 43 członków, w tym 9 opiekunów było studentami z seminarium prawa karnego Uniwersytetu Warszawskiego. W tej liczbie znajdowało się 4 płatnych opiekunów sądowych z wynagrodzeniem 200 zł miesięcznie, opłacanych ze środków wyasygnowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Dla porównania na pierwszej liście powstałego w 1912 r. Krajowego Związku Kuratorów Sądowych (National Association Probation) zapisanych było 160 osób, które rozpoczęły proces budowania modelu zawodowego służb probacyjnych w Wielkiej Brytanii³⁸.

Każdy z opiekunów miał pod swoją opieką od 1 do 46 podopiecznych. Zwraca uwagę przyrost liczby nieletnich znajdujących się pod opieką opiekunów sądowych. W 1925 r. było ich 90, w 1926 r. – 190, w 1927 r. – 362. Natomiast na dzień 1 stycznia 1928 r. nieletnich pozostających pod opieką opiekunów sądowych było 249. Ten spadek liczby podopiecznych był spowodowany zwolnieniem spod opieki i wpływem terminu zawieszenia wykonania kary podopiecznych³⁹. Rok 1929 przyniósł zwiększenie liczby opiekunów sądowych – było już ich 53, w tym nadal 9 opiekunów-studentów z seminarium prawa karnego Uniwersytetu Warszawskiego. Szeregi opiekunów sądowych zasiliło 9 młodych ludzi ze Związku Chrześcijańskiej Młodzieży Męskiej (YMCA). Nadal tylko 4 opiekunów pobierało wynagrodzenie, pozostali pracowali honorowo⁴⁰.

Wydaje się, iż właśnie w tym miejscu znajdujemy odpowiedź, dlaczego początki działalności opiekunów sądowych były dość skromne. Poza zupełnie nową instytucją i koniecznością pewnego „dotarcia się” wydaje się, iż kwestia finansowa, kwestia wynagradzania opiekunów była kluczowa. W początkowym okresie działalności opiekunów sądowych była to funkcja opłacana, nie funkcjonowała instytucja opiekuna honorowe-

³⁶ Dz. U. RP z 1929 r. Nr 47, poz. 387.

³⁷ A. Komorowski, *Nieletni przestępcy*, [w:] B. Krakowski (red.), *Zagadnienia opieki nad macierzyństwem, dziećmi i młodzieżą*, Druk „Rola” Jana Buriana, Warszawa 1929, s. 53.

³⁸ A. Węgliński, G. Kuziora, *W poszukiwaniu wychowującej kurateli sądowej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2016, s. 29.

³⁹ A. Komorowski, *Praktyczna działalność...*, s. 23.

⁴⁰ A. Komorowski, *Nieletni...*, s. 53.

go. Z pewnością brak funduszy nie pozwalał na rozwinięcie w sposób pełny działalności opiekunów sądowych. Zmianę, co już było wyżej wskazywane, przyniósł rok 1927, co przełożyło się na przyrost osobowy opiekunów sądowych. Impulsem do rozwoju instytucji stałych opiekunów sądowych było powołanie Koła Opiekunów Sądowych, a także wydanie instrukcji dla opiekunów sądowych oraz powołanie honorowych opiekunów sądowych niepobierających wynagrodzenia.

Płatni opiekunowie sądowi, poza większą liczbą nieletnich, którymi się zajmowali, codziennie w godzinach od 9 do 15 odbywali dyżury przy sądzie dla nieletnich. Celem dyżurów było udzielanie rozmaitych porad, tak nieletnim, jak i ich rodzicom. Działalność opiekunów sądowych nie ograniczała się tylko do udzielania porad. Wraz z funkcjonariuszem policji co miesiąc dokonywali przeglądu kin, podejrzanych lokali i złodziejskich melin, celem usuwania z nich nieletnich i zaopiekowania się nimi⁴¹.

Spośród członków Koła Opiekunów Sądowych wyłoniona została komisja prawnicza mająca za zadanie podjęcie działań zmierzających do nadania opiekunom sądowym uprawnień pozwalających na zastępstwo procesowe nieletnich w sprawach cywilnych⁴². W zależności od warunków i danych, jakimi dysponowali opiekunowie, mieli oni możliwość skierowania nieletnich do państwowego urzędu pośrednictwa pracy, poradni pedagogicznej, a także do zakładu wychowawczego⁴³.

Poza działalnością prawną, wynikającą z pełnionych funkcji, opiekunowie sądowi w ramach funkcjonującego Koła prowadzili działalność charytatywną. Było to możliwe dzięki stałemu miesięcznemu subsydium w kwocie 400 zł z Wydziału Opieki Społecznej Komisariatu Rządu na m.st. Warszawę. Subsydium było przeznaczane przede wszystkim na zakup odzieży, obuwia, bielizny, pościeli, a także książek, biletów kolejowych dla podopiecznych oraz doraźną pomoc dla nich. W ciągu trzech lat wydano kwotę 12 694 zł.

W ramach edukacji kulturalnej wydawano tygodniowo 150 biletów do kina, rozdano również 400 wejściówek do kąpieliska miejskiego. Ponadto 196 podopiecznych skierowano do Poradni Pedagogicznej. Szczególnym zainteresowaniem cieszyła się kwestia edukacji oraz pracy podopiecznych. Nieuczącym się umożliwiano zapisanie się na kursy wieczorowe, natomiast niepracujących kierowano do Państwowego Urzędu Pośrednictwa Pracy dla młodocianych. Do Urzędu Pracy skierowano 260 podopiecznych i, co najważniejsze, wszyscy otrzymali pracę. Poza dwoma przypadkami sumiennie wywiązywali się ze swoich obowiązków.

⁴¹ *Ibidem*, s. 53–54.

⁴² A. Komorowski, *Praktyczna działalność...*, s. 24.

⁴³ M. Grzegorzewska, *Sądy dla nieletnich jako jeden z czynników profilaktyki przestępczości i projekty reform w tej dziedzinie*, [w:] M. Grzegorzewska, *Wybór pism*, Instytut Wydawniczy Związków Zawodowych, Warszawa 1989, s. 312–313.

Niestety, nie zawsze proces resocjalizacji przynosił zamierzone efekty. Niezależnie od 135 nieletnich wysłanych przez sędziego do zakładów wychowawczo-poprawczych w Studzieńcu i Głazie opieka sądowa umieściła 2 dziewczyny i 20 chłopców w prywatnych zakładach wychowawczych, 20 sierot – chłopców – w Pogotowiu Opiekuńczym, natomiast 13 dziewcząt, przeważnie młodocianych prostytutek, w Zakładzie Sióstr Magdalenek lub w innym zakładzie opiekuńczym⁴⁴.

Pełni obrazu podejmowanych działań zmierzających do resocjalizacji nieletnich dopełnia otwarcie w kwietniu 1928 r. biblioteki w lokalu sądu. W bibliotece znalazło się 600 egzemplarzy książek, z których mogli korzystać podopieczni⁴⁵. Koło pod przewodnictwem sędziego odbyło 19 posiedzeń, na których omawiane były sprawy opieki oraz pomocy materialnej i moralnej nieletnim, ich rodzicom lub opiekunom. Powołano tzw. Komisję odzieżową, której działalność była ukierunkowana na zbiórkę odzieży, obuwia i bielizny, celem jej przekazywania najbardziej potrzebującym⁴⁶.

Nieletni, którzy nie stosowali się do zaleceń i wskazówek opiekunów sądowych, byli wzywani do sędziego, który udzielał upomnienia i groził odwieszeniem zawieszanej kary. W zdecydowanej większości przypadków przynosiło to zamierzony efekt. W pozostałych przypadkach konieczne stawało się odwieszenie kary i odesłanie nieletniego do zakładu poprawczego lub więzienia. Takie zdarzenia były jednak sporadyczne. Zdecydowana większość wracała zresocjalizowana do społeczeństwa⁴⁷. Liczba spraw dotyczących nieletnich, jakie wpłynęły do sądu w Warszawie, w poszczególnych latach malała i wyglądała następująco: 1919 r. (cztery miesiące) – 443, 1920 r. – 2298, 1921 r. – 3298, 1922 r. – 3089, 1923 r. – 2713, 1924 r. – 2025, 1925 r. – 2870, 1926 r. – 2382, 1927 r. – 1774, 1928 r. – 1500⁴⁸. Z przedstawionych danych jednoznacznie wynika, iż pomiędzy rokiem 1921 a 1928 do Sądu dla nieletnich w Warszawie wpłynęło dwukrotnie mniej spraw dotyczących nieletnich. Dzięki intensywnej pracy członków Koła Opiekunów Sądowych żadne dziecko, które zetknęło się z sądem dla nieletnich, nie pozostało zostawione bez opieki⁴⁹.

Koło Opiekunów Sądowych przy Sądzie dla nieletnich w Łodzi zostało utworzone w 1927 r. i według danych na rok 1929 liczyło 20 członków, spośród których trzy były osobami opłacanymi przez Skarb Państwa⁵⁰. Specyfiką działalności Koła Opiekunów

⁴⁴ A. Komorowski, *Nieletni...*, s. 53.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 55.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 54–55.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 55.

⁴⁸ *Ibidem* s. 51.

⁴⁹ A. Komorowski, *Sądy dla Nieletnich w Polsce*, „Szkola Specjalna” 1925, nr 4, s. 256.

⁵⁰ W przypadku Łodzi zwraca szczególną uwagę duży odsetek dzieci w wieku szkolnym. W roku szkolnym 1921/ 1922 na 100 tys. mieszkańców Łodzi uczyło się 300 uczniów. Dla porównania można podać, iż w tym samym czasie na terenie byłego Królestwa Kongresowego na 100 tys. mieszkańców przypadało 100

w Łodzi była obecność wśród opiekunów osób dobrze sytuowanych, wywodzących się kręgów właścicieli przemysłowych, którzy wspierali działalność koła także ofiarami w naturze. Dokonując wywiadu środowiskowego dotyczącego nieletniego, opiekunowie korzystali z gotowego arkusza, który wypełniali i przekazywali sędziemu. Przy sądzie zorganizowana była świetlica, z której mogli korzystać nieletni. Podobnie jak w Warszawie, przy Sądzie dla nieletnich w Łodzi zorganizowano bibliotekę, z której korzystali nieletni. Koło opiekunów współpracowało z Urzędem Pośrednictwa Pracy dla młodocianych oraz Miejską Pracownią Psychologiczną.

Najmniej prężnie działało Koło Opiekunów Sądowych w Lublinie⁵¹. Szczątkowe informacje o działalności lubelskich kuratorów sądowych znajdujemy w aktach lubelskiego Sądu Okręgowego. Prezes Sądu Okręgowego w Lublinie w piśmie do ministra sprawiedliwości w lutym 1922 r. informował, że w Sądzie Pokoju dla Nieletnich w Lublinie dotychczasowym starszym opiekunem sądowym był Stanisław Pliszka, a opiekunami sądowymi Helena Milordowska, Stanisław Sawicki i Samuel Landeman, którzy nie pobierali wynagrodzenia, lecz pełnili swoje obowiązki honorowo. W dokumentach dotyczących obciążeń i faktycznej obsady Sądu Okręgowego i Sądu Pokoju w Lublinie znajdują się statystyki obsady sądu w 1924 i 1925 r., w tym Sądu dla Nieletnich. Są tam wyodrębnione kategorie spraw poszczególnych sądów, nie tylko z Lublina, ale nie ma wyszczególnionych informacji na temat kuratorów sądowych⁵². W aktach dotyczących wizytacji sądów pokoju mamy sprawozdania dotyczące warunków materialnych sądownictwa, zatrudnienia i finansowania, lecz brakuje szczegółów dotyczących opiekunów sądowych⁵³.

6. Zakończenie

Reasumując, statystyki przedstawiające kary wymierzane przez Sądy dla Nieletnich w Warszawie, Łodzi i Lublinie w okresie od 1919 do 1927 r. wskazują na spadek liczby nieletnich, wobec których orzekano kary. Bez wątpienia było to wynikiem między innymi działalności opiekunów sądowych⁵⁴. Być może statystyki te byłyby jeszcze lepsze, gdyby udało się utworzyć przy Sądach dla nieletnich Izbę Zatrzymania dla nieletnich.

Sądy dla nieletnich mogły w pełni rozwinąć swoją działalność i spełniać powierzona misję tylko wtedy, gdy składały się z trzech elementów składowych: sędziego, Koła

dzieci. Zob. N. Stolińska-Pobralaska, *Instytucje opieki nad dzieckiem w międzywojennej Łodzi*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Humanistyczno-Ekonomicznej, Łódź 2002, s. 61.

⁵¹ A. Komorowski, *Nieletni...*, s. 55.

⁵² J. Mazur, *op. cit.*, s. 102–103.

⁵³ *Ibidem*, s. 104.

⁵⁴ Szczegółowe dane na temat kar wymierzanych przez Sądy dla Nieletnich zawarte są w artykule sędziego Sądu dla Nieletnich w Warszawie Antoniego Komorowskiego – zob. *idem*, *Nieletni...*, s. 52–55.

Opiekunów Sądowych oraz Izby Zatrzymania⁵⁵. Celem takiej izby miało być izolowanie nieletnich od dorosłych przestępców⁵⁶. Niestety, z powodu braku środków finansowych w żadnym z sądów dla nieletnich nie doszło do jej otwarcia⁵⁷. Tym większe uznanie należy się opiekunom sądowym, którzy podjęli się trudnej pracy z nieletnimi.

To, iż u samego zarania niepodległej Polski zdecydowano się uregulować kwestię sądownictwa dla nieletnich, tworząc sądy dla nieletnich oraz instytucję stałych opiekunów sądowych, świadczy o powadze problemu, z jakim przyszło się zmierzyć młodemu państwu. To między innymi wspomnienie okrucieństw niedawno zakończonej wojny i wszechobecna bieda tak łatwo, często bezrefleksyjnie, prowadziły do łamania prawa przez nieletnich, będących nierzadko sierotami. Młode państwo polskie dostrzegło problem. To właśnie nowo utworzone sądy dla nieletnich oraz instytucja stałych opiekunów sądowych podjęły tak naprawdę walkę o młodych, często zagubionych ludzi. To właśnie ci młodzi ludzie, mający imię i nazwisko, mający swoją godność, stali się celem pracy opiekunów sądowych, ich wysiłków i zabiegów resocjalizacyjnych. To czas walki o granice Polski, budowania fundamentów państwa prawa, zabiegania o sojusze na arenie międzynarodowej, kształtowania gospodarki kapitalistycznej – a jednak w całym tym tyglu ważnych spraw znalazło się również miejsce na troskę o młodych ludzi i ich resocjalizację.

Z pewnością nie byłoby to możliwe bez wielu światłych umysłów tamtych czasów, wybitnych prawników, teoretyków i praktyków. Dość wymienić takie nazwiska jak Edmund Krzymuski, Mikołaj Korenfeld, Emil Stanisław Rappaport, Aleksander Mogilnicki, Antoni Komorowski. Ale to również bezimienni opiekunowie sądowi, których pracę, z pewnością pełną poświęcenia, należy ocenić jak najbardziej pozytywnie. Jednak wydaje się, iż ten potencjał nie został w pełni wykorzystany z oczywistych względów – kwestii finansowych. Po pierwsze, pierwotny model resocjalizowania nieletnich, w który wpisuje się instytucja stałych opiekunów sądowych, zakładał pełnienie tej funkcji odpłatnie. Niestety, przy ograniczonym budżecie nie było możliwe zatrudnienie większej liczby opiekunów sądowych. Po drugie, nie udało się utworzyć izb zatrzymań. I w końcu po trzecie, w całym okresie dwudziestolecia międzywojennego nie doczekano się ustawy o sądach

⁵⁵ A. Komorowski, *Nieletni...*, s. 46.

⁵⁶ O konieczności izolowania nieletnich od dorosłych przestępców pisze m.in. Tadeusz Jaroszyński w artykule *Psychologia i profilaktyka przestępczości u dzieci* w czasopiśmie „Opieka nad dzieckiem” 1923, nr 2, s. 66.

⁵⁷ Jednakże w trosce o izolowanie nieletnich od dorosłych przestępców Ministerstwo Sprawiedliwości dnia 15.01.1926 r. wydało rozporządzenie o specjalnych oddziałach dla „nieletnich przestępców” w więzieniach warszawskich – dla chłopców na ulicy Długiej 52 i dla dziewcząt przy ulicy Dzielnej 26, zatrzymanych przewencyjnie i odbywających karę (Dziennik Urzędowy Ministra Sprawiedliwości nr 3 z 1 lutego 1926 r.). Pisze o tym Antoni Komorowski, *Nieletni...*, s. 55–56. Gwoli ścisłości należy wspomnieć o zorganizowaniu przez opiekunkę sądową, Felicję Sawicką, przy Sądzie dla Nieletnich w Warszawie we wrześniu 1925 r. „jakby Izby Zatrzymania”. Pisze o tym również Antoni Komorowski – *idem*, *Sądy...*, s. 256.

dla nieletnich. Co istotne, nie porzucono idei instytucji opiekunów sądowych. W 1929 r. zostali oni przemianowani na kuratorów sądowych i tym samym rozpoczął się kolejny etap historii polskiej kurateli sądowej. Tak więc ten model pracy z nieletnimi wchodzącymi w konflikt z prawem okazał się trafiony. Oczywiście podlegał on ewolucji, jednak idea resocjalizowania nieletnich w ich środowisku bez nadmiernego uciekania się do środków karnych i przewaga środków opiekuńczo-wychowawczych w postępowaniu z nieletnimi pozostały motywem przewodnim.

Bibliografia

Źródła prawa

- Kodeks karny z 11 lipca 1932 r. (Dz. U. RP z 1932 r. Nr 60, poz. 571).
- Kodeks postępowania karnego z 19 marca 1928 r. (Dz. U. RP z 1928 r. Nr 33, poz. 313).
- Prawo o wykroczeniach z 11 lipca 1932 r. (Dz. U. RP z 1932 r. Nr 60, poz. 572).
- Dekret w przedmiocie utworzenia sądów dla nieletnich z dnia 7 lutego 1919 r. (Dz. U. RP z 1919 r. Nr 14, poz. 171).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w przedmiocie urzędzenia sądów dla nieletnich z dnia 26 lipca 1919 r. (Dz. U. RP z 1919 r. Nr 63, poz. 378).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości o urzędzeniu sądów dla nieletnich z dnia 13 kwietnia 1927 r. (Dz. U. RP z 1927 r. Nr 40, poz. 365).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości o wynagrodzeniu opiekunów sądowych z dnia 14 maja 1929 r. (Dz. U. RP z 1929 r. Nr 35, poz. 321).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie przekształcenia instytucji opiekunów sądowych na kuratorów nieletnich przy sądach grodzkich i przy sądach dla nieletnich z dnia 25 czerwca 1929 r. (Dz. U. RP z 1929 r. Nr 47, poz. 387).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości 1935 r. o kuratorach nieletnich z dnia 25 czerwca 1935 r. (Dz. U. RP z 1935 r. Nr 46, poz. 316).

Literatura

- Bossowski J., *Proces karny*, [w:] A. Peretiatkowicz (red.), *Encyklopedia prawa obowiązującego w Polsce, część II*, Fiszer i Majewski [i in.], Poznań 1923.
- Czerwiński A., *Obecny stan ustawodawstwa karnego przeciwko nieletnim w Polsce*, Lwowski Oddział Zrzeszenia Sędziów i Prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, Lwów 1933.
- Górecki P., *Postępowanie poprawcze w sprawach nieletnich*, Wydawnictwo Prawnicze Lex, Sopot 1997.
- Grzegorzewska M., *Sądy dla nieletnich jako jeden z czynników profilaktyki przestępczości i projekty reform w tej dziedzinie*, [w:] M. Grzegorzewska, *Wybór pism*, Instytut Wydawniczy Związków Zawodowych, Warszawa 1989.
- Jaroszyński T., *Psychologia i profilaktyka przestępczości u dzieci*, „Opieka nad dzieckiem” 1923, nr 2.

- Jedynak T., Stasiak K. (red.), *Zarys metodyki pracy kuratora sądowego*, LexisNexis Polska, Warszawa 2014.
- Kalinowski M., *Nadzór kuratora sądowego – forma wychowania resocjalizacyjnego. Powstanie i rozwój kurateli sądowej dla nieletnich*, [w:] K. Pospiszyl (red.), *Resocjalizacja nieletnich. Doświadczenia i koncepcje*, Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne, Warszawa 1990.
- Kalinowski M., Pełka J., *Zarys dziejów resocjalizacji nieletnich*, Wyższa Szkoła Pedagogiki Specjalnej im. Marii Grzegorzewskiej, Warszawa 1996.
- Komorowski A., *Nieletni przestępcy*, [w:] B. Krakowski (red.), *Zagadnienia opieki nad macierzyństwem, dziećmi i młodzieżą*, Druk „Rola” Jana Buriana, Warszawa 1929.
- Komorowski A., *Praktyczna działalność Kolek Opiekunów Sądowych przy Sądzie dla nieletnich m.st. Warszawy*, [w:] A. Komorowski, E. Neymark, Z. Rosenblum, *O sądownictwie dla nieletnich w Polsce*, Dział Wydawnictw Związku Spółdzielni Spożywców, Warszawa 1928.
- Komorowski A., *Sądy dla Nieletnich w Polsce*, „Szkoła Specjalna” 1925, nr 4
- Korcyl-Wolska M., *Postępowanie w sprawach nieletnich na tle standardów europejskich*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2015.
- Kostarczyk-Gryszka J., *Zasady odpowiedzialności nieletnich w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1973, z. 57. *Przestępczość nieletnich*.
- Kowalska-Ehrlich B., *Zasady postępowania z nieletnimi*, [w:] A. Krukowski (red.), *Prawne podstawy resocjalizacji i zapobiegania przestępczości*, PWN, Warszawa 1979.
- Krowicki S.L., *Początki resocjalizacji nieletnich*, „Gazeta Szkolna” 2007, nr 9.
- Maciejewski T., *Historia ustroju i prawa sądowego Polski*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Makowski W. (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. 3, Instytut Wydawniczy Biblioteka Polska, Warszawa 1936–1937.
- Marzec-Holka K., *Instytucja społecznych kuratorów sądowych w świetle badań*, Wydawnictwo Uczelniane WSP w Bydgoszczy, Bydgoszcz 1994.
- Materniak-Pawłowska M., *Struktura polskich sądów powszechnych w latach 1917–1928*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2001, t. LIII, z. 1.
- Mazur J., *Opieka i resocjalizacja wobec przestępczości nieletnich w okresie międzywojennym na przykładzie Lublina*, Oficyna Wydawnicza „Impuls”, Kraków 2017.
- Mogilnicki A., *Dziecko i przestępstwo*, Wydawnictwo M. Arcta w Warszawie, Warszawa 1925.
- Neymark E., *Zakłady wychowawczo-poprawcze dla nieletnich*, [w:] R. Bugajski (red.), *Księga Jubileuszowa więziennictwa polskiego 1918–1928*, Związek Pracowników Więziennych Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 1929.
- Papierkowski Z., *Fragmenty z dziedziny prawa karnego dotyczącego nieletnich*, „Palestra” 1939, nr 5.
- Papierkowski Z., *Przestępcy nieletni a środki zabezpieczające*, „Palestra” 1938, nr 5.
- Posner S., *W sprawie Sądów dla Nieletnich*, „Opieka nad dzieckiem” 1927, nr 5.
- Raś D., *O poprawie winowajców w więzieniach i zakładach dla nieletnich*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2007.
- Regent-Lechowicz M., *Propozycja nowego ujęcia zasad walki z przestępczością nieletnich w Polsce Ludowej*, „Przegląd Penitencjarny” 1969, nr 1.
- Stańdo-Kawecka B., *Prawne podstawy resocjalizacji*, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2000.

- Stolińska-Pobralaska N., *Institucje opieki nad dzieckiem w międzywojennej Łodzi*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Humanistyczno-Ekonomicznej, Łódź 2002.
- Strzembosz A., *Postępowanie w sprawach nieletnich w prawie polskim*, Katolicki Uniwersytet Lubelski, Lublin 1984.
- Szmidt W., *Organizacja sądów pokoju do spraw nieletnich*, Druk „Gazety Rolniczej” (W. Musielewicz), Warszawa 1919.
- Węgliński A., Kuziora G., *W poszukiwaniu wychowującej kurateli sądowej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marie Curie-Skłodowskiej, Lublin 2016.
- Zetbe, *Historia powstania sądów dla nieletnich*, „W służbie penitencjarnej” 1936, nr 6.

Piotr Hic

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Prawo ustrojowe Izraela w ujęciu historycznym

Constitutional law in Israel in historical terms

Streszczenie

Autor zdecydował się na przedstawienie historii prawa ustrojowego Izraela na podstawie dwóch okresów. Pierwszym z nich jest starożytność, obejmująca początki istnienia ludu Izraela oraz budowy ich państwowości. Drugim okresem są czasy najnowsze, których centralnym punktem jest powstanie państwa Izrael w roku 1947. Przedstawiając te dwa okresy, autor spróbował wykazać podobieństwa i odpowiedzieć na pytanie, czy tradycja żydowska obejmuje także kwestie państwowe. Okres blisko 2000 lat, w którym naród żydowski istniał bez swojego państwa, wpłynął także na postrzeganie przez Żydów prawa konstytucyjnego. Koncepcje pochodzące z innych krajów również miały wpływ na powstanie żydowskiej państwowości, co zostało zaznaczone w tekście.

Słowa kluczowe

prawo ustrojowe, prawo konstytucyjne, Izrael, konstytucja, religia

Abstract

The author undertook to represent the history of the constitutional law of Israel on the basis of two periods of time. First of them is the antiquity, comprising the origins of existence of the people of Israel and the beginnings of construction of their statehood. The second period includes the present, whose central point is the rising of the state of Israel in 1947. Presenting these two periods of time, the author aims to show similarities between them and answer the question, whether the Jewish tradition holds also national issues. The period of about 2000 years, when the Jewish nation existed without his own state, has also affected the perception of constitutional law by the Jews. The concepts which come from other states had an effect on creation of the Jewish statehood, which is emphasised in the text.

Keywords

constitutional law, Israel, constitution, religion

1. Wstęp

Żydzi są wyjątkowym narodem. Historia wielokrotnie zmuszała ich do wędrówek w poszukiwaniu miejsca do życia, co wymuszało na nich przystosowanie się do otaczających ich warunków. Potrafili jednak w wyjątkowy sposób zachować swoje zwyczaje, jednocześnie adaptując kulturę państw, w których zamieszkiwali. Gdy w roku 1947 Ży-

dzi uzyskali utraconą przed wiekami państwowość, otwartą kwestią pozostało ustanowienie porządku prawnego. W tej sytuacji wymagany był kompromis pomiędzy izraelską tradycją a międzynarodowymi rozwiązaniami¹, z którymi styczność miała żydowska diaspora, licznie przybywająca do nowopowstałego państwa.

Tematem artykułu jest ukazanie historii ustroju konstytucyjnego Izraela. Powyższe zagadnienie przedstawione zostało z wykorzystaniem opisu dwóch okresów (starożytności oraz czasów najnowszych), przy czym autor skupił się na aspekcie prawa ustrojowego narodu i państwa żydowskiego. Celem pracy jest udowodnienie tezy, czy współczesny system konstytucyjny Izraela nawiązuje bezpośrednio do systemu ustrojowego istniejącego w starożytności, pomimo zmian, które wymusiła współczesność. Artykuł składa się z dwóch głównych części, pierwsza z nich opisuje prawo ustrojowe Izraela w starożytności, w drugiej zaś przedstawiono przyjęte w XX wieku rozwiązania konstytucyjne. Przjrzenie się współczesnemu systemowi konstytucyjnemu Izraela z perspektywy rozwiązań istniejących w czasach starożytnych pozwoli wykazać, czy tradycja żydowska zachowała w sobie również rozwiązania publicznoprawne, zastosowane przy tworzeniu porządku prawnego współczesnego Izraela.

2. Prawo ustrojowe Izraela w czasach starożytnych

2.1. Źródła konstytucji

Współczesne rozumienie pojęcia konstytucji jako „nowożytnych dokumentów umieszczanych w monarchiach i republikach na najwyższym szczeblu prawnej hierarchii”² ogranicza znacząco to pojęcie. Nie uwzględnia ono bowiem szerszego znaczenia tej instytucji, która wiąże się z potrzebą posiadania praw, co miało służyć bezpieczeństwu już pierwszych znanych zorganizowanych społeczności³, być może również ludzkości w stadium pierwotnym⁴. Powstanie prawa, jego „ukonstytuowanie się”, możemy

¹ G.S. Mahler, *Kneset: Parlament w systemie politycznym Izraela*, tłum. J.S. Kugler, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1996, s. 19–20. Autor przywołuje tezę o brytyjskim wpływie na tworzenie żydowskiego prawa ustrojowego, jednocześnie wskazując na inne państwa.

² A. Ławniczak, *Geneza Konstytucji*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2015, s. 11. Nie jest pewne, czy aktualne postrzeganie konstytucji jako sformalizowanego aktu będzie wieczne. Okres od epoki oświecenia do dzisiaj jest jedynie fragmentem historii, nie jest wykluczona dalsza ewolucja tego pojęcia.

³ A. Bryk, *Konstytucjonalizm od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013, s. 37. W tekście wspomniano o pierwszych znanych aktach prawnych, co nie oznacza, że były one pierwsze jako takie. Ludy obszaru Mezopotamii obrały drogę spisywania swojego prawodawstwa, co skutkuje uznaniem go za pierwsze. Przykładem jest umowa graniczna zawarta pomiędzy mieszkańcami krainy Umma a władcą miasta Lagasz, która uznawana jest za początek publicznego prawa międzynarodowego.

⁴ A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 18–20. Potrzeba usystematyzowania reguł będzie zjawiskiem naturalnym, gdy mamy do czynienia z grupą ludzką. Prawo powstawało najprawdopodobniej niezależnie od siebie

więc łączyć z ludzkością bez względu na jego formę, czas powstania, skomplikowanie i liczbę aktów prawnych⁵.

Normy, według których żyło i rządziło się społeczeństwo, mogły mieć dwojakie źródło. Pierwszym z nich jest religia i porządek boski, który stawia ludzkość w roli obserwatorów, interpretatorów prawa⁶. Władcy pierwotnie, korzystając z boskiego pochodzenia swojej władzy, nie czuli się zobligowani do wyznaczania jej jakichkolwiek granic. Nie wykluczało to jednoczesnej kodyfikacji prawa na innych polach⁷, co pozwalało na stworzenie i utrzymanie dużego imperium, funkcjonującego jako jedność. Postęp cywilizacyjny wzmocnił stopniowo rolę zarówno społeczeństwa, jak i jednostki w relacjach z władzą, co pozwalało na zmianę panujących reguł i przejmowanie przez społeczeństwo władzy i możliwości stanowienia prawa⁸. Drugim źródłem będzie więc sama ludność, uświadomiona i zorganizowana w wystarczający sposób, aby określać reguły swoich relacji z władzą.

Pytaniem otwartym pozostaje, czy konstytucjonalizm powinien ograniczać się jedynie do prawa konstytucyjnego, tzn. do „norm prawnych dotyczących ustroju państwowego”⁹, czy może obyć się bez tego typu norm. Wspomniana już została niechęć rządzących do wyznaczania prawa, wyznaczającego ramy ich nieograniczonej, bo mającej boskie pochodzenie, pozycji¹⁰. Powstaje stąd pytanie, czy w starożytnym prawodawstwie istniało prawo ustrojowe, stanowiące odpowiednik rozumianej w dzisiejszy sposób konstytucji. W społeczności żydowskiej niewątpliwie tak, ponieważ to Bóg bezpośrednio, lub przez swoich posłańców¹¹ wyznacza kierujących społeczeństwem wraz z ich zakresem kompetencji, wprost określając zadania do spełnienia. Konstytucja nie musi więc formalnie określonego kształtu i charakteru, co pozwala na przyjęcie istnienia prawa ustrojowego w warunkach braku jego wyraźnego wyodrębnienia, spisania lub nawet świadomości jego istnienia u części społeczeństwa.

w różnych miejscach, w podobny sposób – w różnych miejscach świata odkrywane są ślady zarówno pierwotnych, jak i zorganizowanych społeczności.

⁵ *Ibidem*, s. 20–29. Wraz z upływem czasu uwagę zwraca systematyczny wzrost liczby powstałych aktów normatywnych oraz ich rozmiar. Spisane prawo to początkowo jedynie 12 tablic lub 10 przykazań, po czym pozytywistyczna „ofensywa legislacyjna” doprowadziła do tworzenia coraz to nowych praw, stopniowo odrywanych od zwyczaju, który pierwotnie był ich źródłem.

⁶ A. Bryk, *op. cit.*, s. 16.

⁷ A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 26. Kodyfikacja prawa i jego ujednoczenie wydaje się niezbędne przy zróżnicowanym wewnątrz imperium, dodatkowo Sumerowie doceniali znaczenie pisma, nadającego prawu specjalną moc i trwałość.

⁸ *Ibidem*, s. 33. Rosnący w siłę poddani, żyjący głównie w miastach, cyklicznie podejmują próbę uzyskania większego wpływu na władzę. Dziś przyjmuje się, że głównym miejscem rewolucji są ośrodki miejskie.

⁹ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 4. Definicja ta obejmuje również prawa i obowiązki jednostki, co wpisywałoby się w relację Hebrajczyków z Bogiem.

¹⁰ A. Bryk, *op. cit.*, s. 25. Sprezycowanie i spisanie prawa odziera go z metafizyczności, powiązanej z boską istotą jego twórcy.

¹¹ *Ibidem*, s. 54. Celem posłańców, w tym przypadku w osobach proroków, jest zapewnienie przestrzegania przez Hebrajczyków ustalonych przez Jahwe reguł.

Przechodząc do prawa ustrojowego starożytnego Izraela, należy podkreślić, jak dużą rolę odgrywała w tym społeczeństwie religia. Talmud, który do dzisiaj ma znaczący wpływ na Żydów, odciskał piętno na praktycznie każdej sferze życia. Jahwe, będący jednym z pierwszych przykładów bóstw monoteistycznych, wpływa na swoich wyznawców poprzez wyznaczanie im szeregu nakazów i zakazów o rozmaitym charakterze, z naruszeniem których łączyć się będą sankcje¹². Relacja Izraelitów i Jahwe ma wobec tego charakter kontraktowy¹³, z jasno przypisanymi rolami, gdzie rolę *quasi*-władcy odgrywa bezpośrednio Bóg.

2.2. Wpływ czynnika religijnego

Bóg zawiera z ludźmi kolejne umowy (z Adamem, Noem), poprzez które tworzy ludzkość i pozwala jej istnieć, jednak w razie złamania postanowień surowo karze. Pierwszym kontraktem zawiązanym z Izraelitami jest pakt z Abrahamem¹⁴, przyznający mu i jego potomkom ziemię Kanaan, wymagający w zamian podporządkowania się regułom wyznaczonym przez Jahwe. Przymierze to zostaje później potwierdzone przez Mojżesza na górze Synaj, stając się przy tym kodeksem moralnym stanowiącym po dzień dzisiejszy fundament moralności żydowskiej i chrześcijańskiej. Dekalog wyróżnia się nie tylko charakterem zawartych w nim norm, ale także faktem spisania go (wyrycia) na kamiennych tablicach¹⁵, co konkretyzuje zawarte w nim przykazania. Prawa te stanowią zbiór zasad moralnych i społecznych, obowiązujących jednak (nawiązując do relacji władca–poddani) jedynie Izraelitów, mających zdobyć zaufanie i opiekę Jahwe.

Patrząc przez pryzmat porządku państwowego, Żydzi pozostają przez ten okres bez wyraźnego ośrodka władzy, prowadzeni przez okresowo wybieranych przez Boga naczelników, którzy mają do wypełnienia określoną misję. Szczególną rolę w tym okresie odgrywali prorocy, których zadaniem było dyscyplinowanie Izraelitów i doprecyzowanie granic ich obowiązków wobec Boga¹⁶. Prorocy stanowili element łączący *quasi*-władcę i poddanych, dzięki któremu ten pierwszy mógł komunikować swoją wolę bez naruszenia swojej boskiej istoty, bez narażenia się na spowszechnienie. Rola ta nie zastępowała jednak bezpośredniej władzy i nie zagrażała jej, będąc jedynie narzędziem jej sprawowania.

¹² *Ibidem*, s. 64. Możliwość posiadania własnego państwa przez Żydów jest bezpośrednio związane z przestrzeganiem przez nich prawa.

¹³ *Ibidem*, s. 38–42. Podobny charakter ma umowa łącząca sąsiednich Hetytów z ich władcą, który w zamian za wypełnienie określonych zobowiązań ofiaruje opiekę oraz wsparcie.

¹⁴ A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 128–132. Relacja ta przypomina średniowieczny stosunek pana i feudała – ma taki sam patriarchalny charakter.

¹⁵ A. Bryk, *op. cit.*, s. 38. Niedługo potem zniszczone przez Mojżesza za uprawianie przez Izraelitów bałwochwalstwa.

¹⁶ *Ibidem*, s. 51–58. Prorocy określani są jako charyzmatyczne postacie, często podejmujące się niebezpiecznych wyzwań, aby udowodnić przekazaną im przez Boga moc.

Ludność Izraela znajdowała się w permanentnym konflikcie z sąsiednimi ludami, co wymusiło potrzebę ustanowienia własnego, ziemskiego władcy, który rządziłby bezpośrednio i w sposób skuteczniejszy niż reagujący nader rzadko Bóg. Zgodził się on w końcu na ustanowienie monarchy, robiąc to na prośbę Hebrajczyków¹⁷. W obliczu powszechnego na Bliskim Wschodzie ubóstwienia i sakralizacji monarchy król żydowski miał bardzo przyziemną rolę, był jedynie administratorem państwa i ludności w obliczu czyhających na nią zagrożeń, do których należeli głównie agresywni sąsiedzi. Jego również, silniej nawet niż zwykłych Żydów, obowiązywały reguły i posłuszeństwo wobec Boga. W razie naruszenia tej hierarchii król ściągał nieszczęście na siebie, a z czasem i na całą podporządkowaną sobie ludność. Pokazuje to równość społeczeństwa w podejściu do Boga i jego praw, wymóg ich przestrzegania niezależnie od okoliczności i pozycji społecznej, ponieważ zależeć od tego ma samo istnienie narodu żydowskiego. Jahwe decyduje o wszystkim, wyznaczając okresowo¹⁸ poszczególnym jednostkom zadania w celu spełnienia swojej woli, za każdym razem surowo karząc wszelką niesubordynację. Dzieje się tak pomimo ustanowienia Anshei Kneset Ha-Gedolah, czyli zgromadzenia obejmującego mędrców rozstrzygających w sprawach religijnych¹⁹. Żydzi tworzą stałe organy mające na celu sprawowanie władzy (monarcha, zgromadzenia), nawet jeśli ich rola ogranicza się do zapewnienia przestrzegania boskich nakazów oraz administrowania bieżącą polityką.

Prawo ustrojowe starożytnego Izraela ma wobec tego charakter sakralny, ponieważ to Bóg jest rzeczywistym władcą, od którego pochodzą wszelkie przywileje i zobowiązania. Funkcję tę pełni bezpośrednio lub pośrednio, ograniczając rolę ziemskich namiestników i kapłanów do administrowania ludnością i zapewnienia przestrzegania ustalonego porządku. Jahwe jest władcą zazdrosnym i nieznoszącym sprzeciwu, kieruje narodem posłusznym, który jednak często schodzi z wyznaczonej mu ścieżki²⁰, za co jest karany. Mamy tu więc do czynienia z metafizyczną i jednocześnie faktyczną relacją władca–poddani, z rządzącym cieszącym się nieograniczoną boską władzą, której nie chce w żaden sposób konkretyzować czy ograniczać. Usystematyzowane są jedynie obowiązki ludności wobec niego. Pomimo tego należy zauważyć ewolucję i niejako przesuwanie się ciężaru władzy na lud Izraela, ponieważ nawet jeśli rola ich jest czysto porządkowa, to stworzone przez społeczeństwo organy zawierają w sobie elementy władcze.

¹⁷ *Ibidem*, s. 50. Jahwe przestrzegał Izraelitów przed możliwością przeistoczenia się władcy w despotycznego tyra.

¹⁸ A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 126. Dawid zakłada co prawda dynastię, ale już następcy jego syna Salomona łamią zobowiązania wobec Boga, przez co tracą swoją pozycję i państwo.

¹⁹ A. Bryk, *op. cit.*, s. 65. Zgromadzenie to posiada 120 członków, co nawiązuje do 12 plemion Izraela.

²⁰ W. Giertych, *Bóg źródłem prawa*, Wydawnictwo M, Kraków 2008, s. 117. Chrześcijańskie spojrzenie różni się od żydowskiego w kwestii kontraktu Izraelitów z Jahwe, który jest pojmowany bardziej jako łaska i błogosławieństwo niż jako zobowiązanie pod groźbą sankcji.

3. Prawo ustrojowe Izraela w czasach nowożytnych

Naród żydowski przez blisko 2000 lat skazany był na los tułaczy, żyjąc w diasporze rozsianej po całym globie. Rodzący się w XIX wieku nacjonalizm²¹ wywarł znaczący wpływ na Hebrajczyków, którzy uświadomili sobie potrzebę stworzenia własnego państwa. Ruch syjonistyczny²² jednoczył rozproszone środowisko diaspory, ustanawiając jasny cel, mianowicie powrót do Palestyny oraz założenie tam swojej państwowości. W wyniku I wojny światowej i upadku Imperium Osmańskiego na arenie międzynarodowej doszła do głosu kwestia żydowska, co poskutkowało kolejno brytyjską deklaracją wyrażającą przychylność wobec stworzenia państwa Izrael (deklaracja Balfoura) oraz stworzeniem terytorium mandatowego pod kontrolą brytyjską z szerokim zakresem samodzielnności²³. Do Palestyny napływały kolejne fale imigrantów, tworząc coraz mocniejsze struktury społeczne. Dzieje II wojny światowej i związany z nią Holocaust stanowiły decydujący argument przemawiający za stworzeniem Izraela, co pociągnęło za sobą problemy dotyczące struktury narodowościowej Palestyny²⁴.

3.1. Problem uchwalenia ustawy zasadniczej

Wobec narastających trudności w administrowaniu, silnego antagonizmu arabsko-żydowskiego oraz kryzysu spowodowanego wyczerpaniem wojną, w kwietniu 1947 r. Wielka Brytania zrezygnowała ze sprawowania mandatu nad terytorium Palestyny, przekazując kwestię przyszłości tych ziem do rozstrzygnięcia nowopowstałej Organizacji Narodów Zjednoczonych²⁵. Na mocy rezolucji nr 181 ONZ przewidywało powstanie dwóch państw, arabskiego i żydowskiego, na terytorium Palestyny, z objętą specjalnym nadzorem Jerozolimą. Konflikt arabsko-żydowski przybierał na sile, wobec czego reprezentująca Hebrajczyków Rada Narodowa podjęła decyzję o przyjęciu Deklaracji Niepodległości, proklamującej ustanowienie państwa Izrael²⁶. Kwestią otwartą pozostał

²¹ K. Wojtyczek, *Konstytucja Izraela*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001, s. 4. Nacjonalizm wpływał na Żydów w dwójnasób. Z jednej strony poddawani byli prześladowaniom ze względu na swoje pochodzenie, z drugiej zaś nacjonalizm wzmacniał w nich samych tożsamość narodową i świadomość potrzeby ustanowienia własnych struktur państwowych.

²² A. Rataj, *Sąd Najwyższy Izraela jako sąd konstytucyjny: przyczynek do badań nad aktywizmem sędziowskim*, Wydawnictwo Austeria, Kraków–Budapeszt 2016, s. 55–58.

²³ K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 4–6. Był to okres narastającego konfliktu z ludnością arabską, co spotęguje się w przyszłości.

²⁴ *Ibidem*, s. 6–8. Pomimo fal migracji żydowskich to ludność arabska przeważała na terytorium Palestyny aż do roku 1947, gdy w związku z działaniami wojennymi setki tysięcy Arabów opuściło swoją ziemię.

²⁵ S. Bożyk, *System Konstytucyjny Izraela*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002, s. 15. Żydzi organizowali akcje terrorystyczne wymierzone w brytyjskie władze, w czym przodowała organizacja Irgun Cwai Leumi (Narodowa Organizacja Zbrojna), której członkowie szkolili się m.in. w przedwojennej Polsce.

²⁶ K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 7. Zgodnie z doktryną publicznego prawa międzynarodowego istnieją dwie teorie dotyczące powstania państw: deklaratoryjna, która wiąże powstanie państwa z jego własnym działaniem niezależnie od innych czynników, oraz teoria konstytucyjna, wymagająca uznania nowopowstałego

charakter i system rządów nowopowstałego kraju, który oprócz funkcjonowania w napiętej sytuacji międzynarodowej musiał doprowadzić do kompromisu pomiędzy pojawiającymi się wraz z diasporą różnorodnymi poglądami i koncepcjami.

Praca nad uchwaleniem ustawy zasadniczej jest zadaniem trudnym i wymagającym wiele czasu oraz pracy. Nowopowstałe państwo borykało się z wieloma problemami, których przedstawienie jest kluczowe dla zrozumienia wyboru władz izraelskich. Intensywne działania zbrojne²⁷ opóźniły wybory do Zgromadzenia Konstytucyjnego, organu, którego zadaniem było uchwalenie Konstytucji²⁸. Niestabilna sytuacja międzynarodowa wydatnie utrudniała podjęcie właściwych kroków w celu uchwalenia ustawy zasadniczej. Tymczasowa Rada Państwa, organ działający na podstawie Dekretu o prawie i administracji²⁹, ogłosiła w tych warunkach stan nadzwyczajny. Pomimo wciąż toczących się działań wojennych wybory odbyły się 25 stycznia 1949 r., pozwalając na ustanowienie Zgromadzenia Konstytucyjnego, które uchwaliło niezwłocznie Ustawę przejściową, zawierającą najważniejsze rozwiązania ustrojowe³⁰. Cały czas było to rozwiązanie przejściowe, niezastępujące oczekiwanej konstytucji.

Kwestia ustanowienia konstytucji, jej kształtu i charakteru, w dobitny sposób pokazała, jak zróżnicowanym społeczeństwem byli w tym czasie Żydzi. Ze względu na poglądy dotyczące ustanowienia i kształtu ustawy zasadniczej wyróżnić można trzy najważniejsze stanowiska. Ortodoksyjni Żydzi negowali potrzebę ustanowienia konstytucji ze względu na jej sprzeczność z judaizmem³¹. Zgodnie z tym stanowiskiem to prawo boże w dużym stopniu stanowiło o organizacji życia społeczeństwa żydowskiego, w związku z tym stworzenie ustawy zasadniczej łamałoby dotychczasowy porządek i byłoby całkowicie sprzeczne z religią i tradycją Hebrajczyków. Oprócz tego w przypadku uchwalenia konstytucji zawarcie w niej przepisów o równości wyznania lub innych elementów świeckiego państwa stałoby ponownie w sprzeczności z prawem religijnym³². Reasumując, jedynym rozwiązaniem dla ortodoksyjnych Żydów było państwo religijne, w każdym aspekcie podporządkowane dotychczasowej tradycji i zawartym w Torze nakazom oraz zakazom, regulującym życie społeczne i religijne Izraelitów na przestrzeni kilku tysięcy

podmiotu przez inne państwa. Izrael w kolejnych latach uzyskał uznanie wielu państw oraz został przyjęty do ONZ.

²⁷ S. Bożyk, *op. cit.*, s. 19. Izrael był wtedy w konflikcie z praktycznie wszystkimi sąsiadami, niegodzącymi się na powstanie żydowskiego państwa na terenie Palestyny.

²⁸ Deklaracja Niepodległości Państwa Izrael, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/izrael-1.html> [dostęp: 21.02.2018].

²⁹ S. Bożyk, *op. cit.*, s. 18. Był to „faktycznie pierwszy prawno-ustrojowy akt ustawodawcy Izraela”, który określał jego władze do momentu wyborów.

³⁰ A. Rataj, *op. cit.*, s. 66. Wskazany akt normatywny zawierał najważniejsze rozwiązania dotyczące kompetencji i zadań poszczególnych organów centralnych takich jak Kneset (organ sprawujący władzę ustawodawczą, nazwą wprost nawiązujący do czasów starożytnych), prezydent oraz premier.

³¹ S. Bożyk, *op. cit.*, s. 21.

³² A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 144–145.

lat³³. Drugie stanowisko nawiązywało do systemu *common law*, który za pośrednictwem Brytyjczyków został ustanowiony podczas sprawowania przez nich mandatu w Palestynie. Kazyistyka prawa precedensowego jest bliska kazyistyce interpretacji Tory, tak popularnej w środowisku żydowskim. Przyjęcie systemu *common law* pozwoliłoby na większą elastyczność, co mogłoby w kompromisowy sposób pogodzić ze sobą wymogi nowoczesnego państwa i rygorystycznej religii. Wiązałoby się to także z brakiem przyjęcia formalnej konstytucji, która sama w sobie mogłaby stanowić zarzewie problemu. Izrael w tamtym okresie w dalszym ciągu stanowił cel migracji setek tysięcy Żydów, pominiętych w procesie uchwalania ustawy zasadniczej³⁴. Trzecie stanowisko reprezentowało pogląd o potrzebie ustanowienia konstytucji jako aktu założycielskiego państwa, potwierdzającego jego istnienie oraz niezależny charakter³⁵. Jasne określenie pozycji ustrojowej poszczególnych organów z wyraźnie zaznaczoną hierarchią ustanowiłoby racjonalny porządek, przynajmniej w europejsko-kontynentalnym postrzeganiu prawa. Istnienie licznej mniejszości arabskiej na terytorium wymagało i nadal wymaga wyraźnego ustalenia jej prawnego statusu, co wiązało się z zobowiązaniami nowopowstałego państwa wobec ONZ. Była to koncepcja najbardziej nowoczesna, najbardziej przystosowana do międzynarodowych standardów, jednocześnie najmniej współgrająca z nastrojami opierającego się na tradycji społeczeństwa żydowskiego.

3.2. Kompromisowe rozwiązanie

Wobec różnicy zdań Pierwszy Kneset (wcześniejsze Zgromadzenie Konstytucyjne) stworzył rozwiązanie kompromisowe, ustanawiając uchwałę Harariego, która ustaliła zasadę tworzenia konstytucji etapami³⁶. Zrezygnowano mianowicie z uchwalenia konstytucji w formie jednego aktu normatywnego, co zastąpiono tworzeniem kolejnych ustaw zasadniczych, obejmujących poszczególne zagadnienia ustrojowe³⁷. Obecnie istnieje trzynaście takich ustaw³⁸ (Deklaracja Niepodległości ma charakter niewiązący

³³ D.J. Elazar, *Deuteronomy as Israel's Ancient Constitution: Some preliminary reflections*, „Jewish Political Studies Review” 1992, vol. 4, no. 1, s. 3–39. W tym przypadku Tora wyznacza życie w strefie zarówno publicznej, jak i prywatnej. <http://jcpa.org/wp-content/uploads/2012/11/deuteronomy.pdf> [dostęp: 31.08.2018].

³⁴ A. Rataj, *op. cit.*, s. 69–71. Napływ nowych osadników nie zakończył się wraz z zawieszeniem działań wojennych, do dnia dzisiejszego Izrael jest miejscem migracji Żydów z całego świata.

³⁵ *Ibidem*, s. 67. Oczywistym nawiązaniem była tu Deklaracja niepodległości Stanów Zjednoczonych oraz amerykańska konstytucja. Migracja żydowska w dużym stopniu obejmowała Żydów pochodzących z USA.

³⁶ A. Signal, A.S. Rehany, *The Promised Constitution of the Promised Land: The Israeli Constitutional Experience*, „The Denning Law Journal” 1007, vol. 12, no 1, s. 67, <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/viewFile/265/293> [dostęp: 31.08.2018].

³⁷ A. Rataj, *op. cit.*, s. 71. Docelowo ogół ustaw zasadniczych miał zostać zebrany i uchwalony jako jeden akt.

³⁸ *Ibidem*, s. 73. Jedna z nich ma charakter tymczasowy,

i pełni funkcję preambuły³⁹). Obejmują one obszary, które w tradycyjnie rozumianych konstytucjach ujęte są w rozdziały (rząd, prezydent, sądownictwo), a także zagadnienia specyficzne dla państwa Izrael (stolica państwa, grunty izraelskie). Skomplikowany system zmiany przepisów konstytucyjnych⁴⁰ oraz ich hierarchii względem pozostałych ustaw⁴¹ nadaje prawu ustrojowemu Izraela wyjątkowy charakter, który trudno porównać z dominującym w Europie stanowiskiem wobec prawa konstytucyjnego.

Izrael funkcjonuje w systemie parlamentarno-gabinetowym. Kluczowym elementem jest zasada suwerenności władzy ustawodawczej, która jako jednoizbowy, posiadający 120 członków parlament, pełni dominującą rolę w systemie sprawowania władzy⁴². Wybiera on prezydenta, który ma bardzo ograniczone kompetencje, nie posiada bowiem możliwości inicjatywy ustawodawczej ani zawetowania ustawy⁴³. Pełni on funkcje głównie reprezentacyjne i jest wybierany na 7-letnią kadencję bez możliwości reelekcji. Jednocześnie premier odgrywa bardzo ważną rolę, wynikającą z potrzeby utrzymania stałego rządu w obliczu zewnętrznego zagrożenia. Prowadzi on również politykę wewnętrzną i zewnętrzną⁴⁴, decydując m.in. o użyciu sił zbrojnych oraz prawodawstwie nadzwyczajnym⁴⁵. Jest on również zależny od Knesetu, który posiada kompetencje do usunięcia go z urzędu. Ważnym elementem systemu politycznego Izraela jest władza sądownicza, a przede wszystkim Sąd Najwyższy, podmiot posiadający rozległe kompetencje⁴⁶. Choć bowiem Sąd Najwyższy nie uczestniczy w procesie uchwalania poszczególnych ustaw zasadniczych, to decyduje o sposobie ich stosowania oraz interpretacji⁴⁷. Aktywizm sędziowski sędziów Sądu Najwyższego przejawia się m.in. w formułowaniu praw, które mogą stać się później przedmiotem ustawy zasadniczej (jak w przypadku praw człowieka), ustalaniu hierarchii poszczególnych aktów prawnych lub wykształceniu kontroli konstytucyjności ustaw. Aktywna rola Sądu Najwyższego poddawana jest

³⁹ *Ibidem*, s. 69. Postanowienia Deklaracji niepodległości uznane zostały za dyrektywy interpretacyjne, wskazujące „ducha praw” w niej zawartych.

⁴⁰ S. Bożyk, *op. cit.*, s. 22. Co do zasady ustawy zasadnicze uchwalane i zmieniane są zwykłą większością głosów, ale poszczególne zapisy mogą być zmieniane wyłącznie większością bezwzględną, np. te dotyczące zasad prawa wyborczego.

⁴¹ G.S. Mahler, *op. cit.*, s. 20.

⁴² A. Rataj, *op. cit.*, s. 93–96.

⁴³ S. Bożyk, *op. cit.*, s. 55–57. Prezydent posiada też prawo do powoływania sędziów, jak również wskazywania kandydata na premiera, po konsultacjach z frakcjami parlamentarnymi w Knesecie.

⁴⁴ A. Rataj, *op. cit.*, s. 61–65. Niespokojna sytuacja polityczna na Bliskim Wschodzie regularnie wymaga użycia przez Izrael swoich sił militarnych wobec sąsiednich krajów.

⁴⁵ S. Bożyk, *op. cit.*, s. 76–77.

⁴⁶ A. Rataj, *op. cit.*, s. 48. Autorka określiła izraelski Sąd Najwyższy jako hybrydę „łączącą w sobie funkcje charakterystyczne dla Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego”.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 213.

krytyce⁴⁸, nie zmienia to jednak faktu, że praktyka wymaga „uzupełniania” przez działalność interpretacyjną luk powstałych wskutek etapowego przyjmowania ustaw zasadniczych. Na tej podstawie możemy przyjąć, że kwestia praw ustrojowych i konstytucji w Izraelu podlega ciągłej ewolucji, w której kluczowym elementem jest potrzeba sądowej kontroli działalności ustawodawczej parlamentu.

Otwartą kwestią pozostaje, czy Żydzi zdecydują się na uchwalenie jednolitego aktu konstytucyjnego. Pomysł ten spotyka się ze sprzeciwem⁴⁹ wielu grup społecznych, zadowolonych z aktualnego *status quo*, pozwalającego w elastyczny sposób prowadzić politykę Izraela. Nie jest jednak wykluczone, że wobec zmieniającej się sytuacji międzynarodowej oraz wewnętrznej społeczeństwo dojdzie do porozumienia w kwestii jednolitej konstytucji.

4. Podsumowanie

Przerwa w istnieniu żydowskiej państwowości obejmująca przeszło 2000 lat wpłynęła niewątpliwie także na stosunek narodu do systemu rządów i norm, według których ten rząd powinien funkcjonować. Z jednej strony życie w diasporze pozwoliło przyswoić sobie różnorodne rozwiązania legislacyjne, które współtworzyły nowoczesne struktury państwowe. Z drugiej strony te dwa kluczowe czynniki zadecydowały o tym, że prawo ustrojowe Izraela cały czas nawiązuje do systemu obowiązującego w czasach starożytnych. Tradycja żydowska, a przede wszystkim będąca jej fundamentem religia, wyznacza sztywne ramy i zasady postępowania. Uznanie przez znaczącą część społeczeństwa wyższości prawa religijnego nad prawem państwowym, pomimo postępującej laicyzacji, kształtuje charakter Izraela jako państwa wyznaniowego. O ile więc Bóg nie sprawuje bezpośrednio, przyjmując retorykę Tory, władzy w kraju, to wciąż ustanowione przez niego normy w zasadniczy sposób kształtują życie społeczne. Tyczy się to również konstytucji, której ustanowienie stoi w sprzeczności z charakterem judaizmu, który nie uznaje prymatu norm stworzonych przez ludzi nad normami pochodzącymi od Boga⁵⁰. Drugim elementem, istniejącym nawet wcześniej niż samo państwo żydowskie, jest nieustająca walka zbrojna o przetrwanie. W podobny sposób jak królowie żydowscy, którzy wielokrotnie musi ścierać się z sąsiednimi plemionami, szefowie rządów Izraela kierują aktywnością militarną, mającą na celu zapewnienie bezpieczeństwa narodowi wobec jego agresywnych sąsiadów. Potrzebują oni zatem skutecznych instrumentów

⁴⁸ *Ibidem*, s. 215 i 216. Aktywizm sędziowski stawia pod znakiem zapytania równowagę trójpodziału władzy, ale trzeba mieć na uwadze, że w Izraelu nie występuje klasyczny model trójpodziału, dlatego władze powinny działać odpowiednio do istniejących okoliczności.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 215–219.

⁵⁰ A. Ławniczak, *op. cit.*, s. 144.

rzządzenia, dzięki którym będą mogli reagować w razie zagrożenia. Jak pokazują ostatnie wydarzenia, spór o państwo arabskie w Palestynie oraz o status Jerozolimy jest wciąż żywy, trwający konflikt w Syrii stawia w gotowości izraelskie siły zbrojne. Wszystkie te czynniki wpływają na to, że Izrael w związku ze swoją specyficzną historią, tradycją, religią oraz sytuacją wybrał własną drogę ustroju państwa, najbardziej dopasowaną do istniejących potrzeb.

Bibliografia

Źródła prawa

Deklaracja Niepodległości Państwa Izrael <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/izrael-1.html> [dostęp: 21.02.2018].

Literatura

- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Bożyk S., *System konstytucyjny Izraela*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002.
- Bryk A., *Konstytucjonalizm od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013.
- Elazar D.J., *Deuteronomy as Israel's Ancient Constitution: Some preliminary reflections*, „Jewish Political Studies Review” 1992, vol. 4, no. 1, <http://jcpa.org/wp-content/uploads/2012/11/deuteronomy.pdf> [dostęp: 31.08.2018].
- Giertych W., *Bóg źródłem prawa*, Wydawnictwo M, Kraków 2008.
- Ławniczak A., *Geneza Konstytucji*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2015, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/65051/Geneza_Konstytucji.pdf [dostęp: 21.02.2018].
- Mahler G.S., *Kneset: Parlament w systemie politycznym Izraela*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1996.
- Wojtyczek K., *Konstytucja Izraela*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001.
- Rataj A., *Sąd Najwyższy Izraela jako sąd konstytucyjny: przyczynek do badań nad aktywizmem sędziowskim*, Wydawnictwo Austeria, Kraków–Budapeszt 2016.
- Signal A., Rehany A.S., *The Promised constitution of the Promised Land: The Israeli Constitutional Experience*, „The Denning Law Journal” 1997, vol. 12, no 1, <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/viewFile/265/293> [dostęp: 31.08.2018].

Piotr Kantor-Kozdrowicki
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych

The rational legislation as a scientific paradigm

Streszczenie

Artykuł zestawia założenie racjonalności prawodawcy z pojęciem paradygmatu naukowego. Poszczególne cechy założenia racjonalnego prawodawcy, takie jak jego model idealizacyjny, kontrfaktyczność czy nieempiryczność, realizują cechy paradygmatu naukowego opisywanego przez T.S. Kuhna. Analiza założenia dowodzi, że paradygmat racjonalności prawodawcy leży u fundamentów polskiej dogmatyki, zarówno w jego warstwie teoretycznej, jak i praktycznej. Przywoływane w artykule tezy krytyczne wobec założenia racjonalnego prawodawcy nie prowadzą wprawdzie do obalenia paradygmatu, ale potwierdzają naukowość polskiego prawoznawstwa jako dojrzałej i wciąż rozwijającej się dyscypliny wiedzy.

Słowa kluczowe

racjonalny prawodawca, paradygmat, T.S. Kuhn

Abstract

The article compares the presumption of rational legislation with the concept of scientific paradigm. Individual features of rational legislation thesis, as its idealization model, counterfactuality and non-empiricalness meet the features of science paradigm as described by T.S. Kuhn. An analysis of this assumption demonstrates that the paradigm of rational legislation (and rational legislator) is the basic assertion of Polish jurisprudence as science, both in its theoretical and practical meanings. The study cites arguments critical of the concept of rational legislation; however, it proves that they do not lead to overthrowing the paradigm; furthermore, they confirm scientificity of Polish jurisprudence as a mature and growing discipline of knowledge.

Keywords

rational legislation, rational legislator, paradigm, T.S. Kuhn

1. Wprowadzenie

Założenie racjonalności prawodawcy leży u fundamentów dogmatyki prawniczej, będąc obecne zarówno w sferze teorii i filozofii prawa, jak i w praktyce stosowania prawa. Z punktu widzenia teorii poznania naukowego przyjęcie takiego założenia można zinterpretować jako zastosowanie paradygmatu badawczego w prawoznawstwie.

Poszczególne własności założenia racjonalnego prawodawcy wpisują się w większość cech paradygmatu naukowego, zaś ich ciągłe użycie w stanowieniu, stosowaniu i egzekucji tekstów prawa prowadzi do efektów przewidzianych w klasycznych koncepcjach paradygmatu.

W niniejszym tekście postaram się zrekonstruować rozumienie paradygmatu naukowego w świetle najpopularniejszych opracowań oraz przeanalizować model racjonalnego prawodawcy (zwłaszcza obecność tej koncepcji w polskiej myśli prawnej). Następnie spróbuję zinterpretować założenie racjonalności prawodawcy poprzez koncepcję paradygmatu naukowego oraz przeanalizować możliwe skutki takiego zabiegu: zarówno w sferze praktycznej prawoznawstwa, jak i w szerszym spojrzeniu na prawoznawstwo. Stawiam tezę, że można mówić o założeniu racjonalnego prawodawcy (i racjonalnego prawodawstwa) jako paradygmacie nauk prawnych. Szczegółowe cechy paradygmatu (wskazywane przez Thomasa S. Kuhna oraz jego recenzentów i krytyków) doskonale wpisują się w metodologiczne właściwości założenia racjonalnego prawodawcy; twierdzą ponadto, że paradygmat racjonalnego prawodawcy stoi u podstaw całego prawoznawstwa jako dyscypliny naukowej.

2. Definicja paradygmatu

Zwykle zauważa się, że pojęcie paradygmatu w odniesieniu do metodologii poznania naukowego spopularyzował Kuhn w swojej książce *Struktura rewolucji naukowych* wydanej po raz pierwszy w 1962 r. Samo pojęcie jest oczywiście znacznie starsze; Kazimierz Jodkowski stwierdza, że jako pierwszy używał go w połowie XVIII w. Georg Christoph Lichtenberg jako oznaczenia „fundamentalnych wzorców wyjaśniania w naukach fizykalnych”¹; Agnieszka Lekka-Kowalik przywołuje zaś je już w kontekście filozofii starożytnej, jako „pierwotne określenie idei platońskiej”². Grecka [*παράδειγμα*] oraz łacińska [*paradigma*] etymologia paradygmatu definiuje go jako *wzór, przykład*. Sam termin pierwotnie występował w naukach lingwistycznych, m.in. jako „zespół form deklinacyjnych lub koniugacyjnych”³ i ostatecznie w niejako pokrewnej formie, oznaczającej „idealny odpowiednik, który może stanowić podstawę oceny konkretnych przypadków”⁴ zafunkcjonował w szeroko rozumianej filozofii nauki. Wspomniany Kuhn poświęca pojęciu paradygmatu wiele miejsca, jednak warto przywołać opracowane przez

¹ K. Jodkowski, *Paradygmat*, [w:] Z. Cackowski (red.), *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1987, s. 456.

² A. Lekka-Kowalik, *Paradygmat*, [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu, Lublin 2007, s. 17.

³ A. Podsiad, *Słownik terminów i pojęć filozoficznych*, Instytut Wydawniczy Pax, Warszawa 2000, s. 611.

⁴ A.R. Racey, *Słownik filozoficzny*, Zysk i S-ka, Poznań 1999, s. 202.

niego dwie skrócone definicje. Otóż w jego rozumieniu paradygmatem może być „zbiór powtarzających się quasi-standardowych ilustracji rozmaitych teorii [...] w ich pojęciowych, doświadczalnych i instrumentalnych zastosowaniach”⁵, a także „pewne akceptowane wzory faktycznej praktyki naukowej [...] obejmujące równocześnie prawa, teorie, zastosowania i wyposażenie techniczne tworzące model, z którego wyłania się jakaś szczególna, zwarta tradycja badań naukowych”⁶. Analiza prac tego autora pozwala mówić o paradygmacie jako o „określonej i aprobowanej w danym miejscu i czasie przez grono uczonych teorii lub zbiorze teorii naukowych”⁷. Według Kuhna, w olbrzymim skrócie, paradygmat jest metodologiczną osią poznania naukowego; wykształcenie się paradygmatu jest oznaką dojrzałości dyscypliny naukowej; rosnąca krytyka paradygmatu oznacza wyczerpywanie się możliwości danej gałęzi wiedzy, natomiast ostateczne obalenie paradygmatu (a potem zastąpienie go innym) zwiastuje rewolucję naukową. Kuhnowskie pojmowanie paradygmatu jest bardzo szerokie; odwołuje się raczej do całości wiedzy i stylu rozumowania w danej dziedzinie niż do jakichś konkretnych przekonań czy sposobów badań. W analizie poznania naukowego Kuhn podporządkowuje pod paradygmat niemal cały proces myślowy, dzieląc go na trzy etapy: 1) teoretyczne próby odsłonięcia istoty rzeczy; 2) wysnuwanie prognoz i prowadzenie weryfikujących je eksperymentów oraz wreszcie 3) likwidowanie niejednoznaczności, uszczegóławianie oraz rozwiązywanie konkretnych problemów⁸.

Korespondującym z tak szerokim rozumieniem paradygmatu jest stworzone w 1935 r. przez Ludwika Flecka zagadnienie *stylu myślowego* oznaczającego „ukierunkowane przestrzeganie wraz z odpowiednią obróbką myślową i rzeczową tego, co postrzegane” zawierające w sobie sądy, tezy oraz metody badawcze⁹. Fleck operował zarówno pojęciem *stylu myślowego*, jak i *kolektywu myślowego* oznaczającego zorganizowany zespół przekonań reprezentowanych w danym czasie i przestrzeni przez badaczy¹⁰. O ile znający prace Flecka Kuhn krytykował pojęcie kolektywu myślowego jako model fikcyjny, to da się zauważyć daleko idące podobieństwa w rozumieniu paradygmatu jako właśnie stylu myślowego podzielanego przez naukowców w danym momencie rozwoju dziedziny wiedzy¹¹. Trzeba

⁵ T.S. Kuhn, *Struktura rewolucji naukowych*, Aletheia, Warszawa 2009, s. 85.

⁶ *Ibidem*, s. 32.

⁷ M. Kępa, *Metodologiczne ujęcie paradygmatu jako metody badawczej na przykładzie koncepcji Thomasa Kuhna*, [w:] P. Fiktus, H. Malewski, M. Marszał (red.), *Rodzinna Europa. Europejska myśl polityczno-prawna u progu XXI wieku*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2015, s. 362.

⁸ T.S. Kuhn, *Struktura...*, s. 55–58.

⁹ L. Fleck, *Teoriopoznawcze rozważania nad historią odczytu Wassermann*, [w:] Z. Cackowski, S. Symotiuk (red.), *Psychosocjologia poznania naukowego: „Powstanie i rozwój faktu naukowego” oraz inne pisma z filozofii poznania*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006, s. 121.

¹⁰ *Ibidem*, s. 124.

¹¹ T.S. Kuhn, *Foreword*, [w:] L. Fleck, *Genesis and Development of Scientific Fact*, University of Chicago Press, Chicago-London 1979, s. X–XI [za:] K. Jodkowski, *Pojęcie paradygmatu a wspólnotowy charakter nauki w ujęciu Thomasa S. Kuhna*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio I” 1983,

zauważyć w tym miejscu, że sam Kuhn operujący wielokrotnie pojęciem paradygmatu był krytykowany za niezbyt ściśle zdefiniowanie tegoż i swobodne użycie go w wielu, nieraz wykluczających się znaczeniach¹². Paradygmat wpisał się jednak trwale w naukową semantykę i dzięki Kuhnowi jest powszechnie stosowany; zresztą z podobną swobodą i rozległością znaczeń. Dla przykładu: John W. Creswell przywołuje pojęcie paradygmatu jako szerokiego *światopoglądu* przyjmowanego przez badacza i wpływającego na wyniki badań¹³, Jeffrey Pfeffer rozumie paradygmat jako *konsensus* utrwalony wokół danej dziedziny wiedzy i warunkujący jej rozwój¹⁴, zaś David M. Buss postuluje wykorzystanie jego koncepcji psychologii ewolucyjnej jako *nowego paradygmatu* dla psychologii, zrównując wręcz paradygmat z całą dziedziną nauki¹⁵.

Nie będę wdawać się tutaj w semantyczne dywagacje na temat samego pojęcia oraz jego roli w historii poznania. Za Kuhnem i jego interpretatorami przyjmuję roboczo możliwie wąską definicję, że paradygmat to wzór praktyki naukowej zawierający w sobie zarówno teoretyczny model wyjaśniania rzeczywistości, jak i praktyczne sposoby badań¹⁶. Spróbuję ustalić, czy można mówić o zaistnieniu tak rozumianego paradygmatu w odniesieniu do nauk prawnych. Możliwość stosowania paradygmatu w naukach społecznych jest wprawdzie podawana w wątpliwość przez samego Kuhna¹⁷, który omawia *paradygmatyczność* głównie nauk przyrodniczych i ścisłych, jednak choćby przywołane wyżej przykłady wskazują, że społeczność naukowa humanistyki nie podziela tych obiekcji¹⁸.

3. Założenie racjonalnego prawodawcy

Jak zauważają autorzy *Wielkiej encyklopedii prawa*, postulat racjonalnego prawodawcy (racjonalności prawodawstwa) jest powszechnie uznanym założeniem stojącym

vol. VIII (4), s. 49. Por. także: S. Rainko, *Dwa paradygmaty. Esej z teorii wiedzy*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 2011, s. 96.

¹² I. Lakatos, A. Musgrave (eds.), *Criticism and Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge 1970 [za:] K. Jodkowski, *Paradygmat...*, s. 456.

¹³ E.G. Guba, Y.S. Lincoln, *Competing Paradigms in Qualitative Research*, [w:] N.K. Denzin, Y.S. Lincoln (eds.), *The Sage Handbook of qualitative research*, Sage, Thousand Oaks 2005, s. 105–117 [za:] J.W. Creswell, *Projektowanie badań naukowych. Metody ilościowe, jakościowe i mieszane*, tłum. J. Giliewicz, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013, s. 31.

¹⁴ J. Pfeffer, *Barriers to the Advance of Organizational Science: Paradigm Development as a Dependent Variable*, „Academy of Management Review” 1993, vol. 18, nr 4, s. 599–620.

¹⁵ D.M. Buss, *Evolutionary Psychology: A New Paradigm for Psychological Science*, „Psychological Inquiry” 1995, vol. 6, s. 1–30.

¹⁶ Por. np. G. Musiał, *Paradygmat – prawo nauki – rozwój społeczny*, Akademia Ekonomiczna im. Karola Adameckiego, Katowice 1997, s. 9.

¹⁷ T.S. Kuhn, *Struktura...*, s. 39.

¹⁸ Por. M. Kępa, *op. cit.*, s. 361.

u podstaw teorii i praktyki prawoznawstwa¹⁹. Idea racjonalności prawodawcy, w szczególności wynikająca z obiektywnej wiedzy naukowej stojącej za legislatorem, jest uznawana za kontynuację dziedzictwa Oświecenia, a jej sednem ma być wiara w możliwość mądrego, roztropnego i sprawiedliwego stanowienia prawa²⁰. Idea ta jest oczywiście kontryfaktyczna i nie ma pokrycia w empirycznej rzeczywistości²¹; prawodawca nie jest jednolitym podmiotem, ani nie posiada pełnej, rzetelnej, naukowej wiedzy wykorzystywanej do stanowienia prawa. Mimo swojej kontryfaktyczności dziś idea ta jest często przyjmowana jako fundament egzegezy tekstów prawnych; zadanie teoretycznego umocowania całej wykładni prawa wydaje się być zarazem podstawowym celem koncepcji racjonalnego legislatora²². Należy jednak zauważyć, że racjonalny prawodawca – jako *koncepcja, domniemanie czy założenie* – spotyka się z kontrowersjami, zwłaszcza wynikającymi z nadmiernie częstego stosowania go w praktyce.

W tym miejscu warto dla porządku prześledzić rozwój koncepcji racjonalnego prawodawcy w polskiej myśli prawnej. Dyskurs ten rozpoczął Leszek Nowak pracą *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa* w roku 1973. Analizując psychologiczne podstawy intencji prawodawcy, Nowak zauważył, że „prawnicy milcząco przyjmują założenie, iż prawodawca, którego intencje ustalają, nie jest osobą psychofizyczną, ani nawet grupą innych osób”²³. Będąc przekonany, że interpretacja prawnicza jest typem interpretacji humanistycznej, autor potraktował figurę racjonalnego prawodawcy jako swoisty prawniczy *model (typ) idealny*; nie odnoszący się do „rzeczywistych ludzi”, lecz raczej do „rzeczywistych osób prawnych” w ramach danego systemu prawa²⁴. Zgodnie z tym racjonalny prawodawca dysponuje wiedzą, która jest: 1) niesprzeczna, 2) stanowi logicznie uporządkowany system, 3) jej preferencje są asymetryczne oraz 4) przechodnie. Jednocześnie natychmiast po tym wyliczeniu Nowak stwierdził, że założenie drugie (o pełnej wiedzy i całkowitej świadomości konsekwencji swoich decyzji) ma charakter czysto idealistyczny i jest nieosiągalne; co jednak nie oznacza, że pozostałe założenia nie są zupełnie realizowane w rzeczywistości²⁵. Samo pojęcie racjonalnego prawodawcy (potraktowane jako teoria idealizacyjna wraz z całą złożonością twierdzeń i reguł, które Nowak szczegółowo rozrysowuje) ma należeć do głębokiej struktury prawoznawstwa i nawet jeżeli nie jest w argumentacji prawniczej

¹⁹ L. Pszczółkowski, *Racjonalne prawodawstwo*, [w:] B. Hołyst, R. Hauser (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, t. VII, Fundacja ubi societas, ibi ius, Warszawa 2014, s. 365.

²⁰ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 208.

²¹ Por. W. Gromski, *Racjonalny prawodawca*, [w:] U. Kalina-Prasznic (red.), *Encyklopedia prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2007.

²² Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 2001, s. 162.

²³ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1973, s. 35.

²⁴ *Ibidem*, s. 43.

²⁵ *Ibidem*, s. 39.

sformułowane *explicite*, to zawsze pozostaje punktem odniesienia dla każdego rozumowania prawnego²⁶.

Teoretyczne założenie racjonalności prawodawcy oraz poprawności systemu prawa zaczyna służyć w tym miejscu do usuwania wszystkich występujących w rzeczywistości nieracjonalności, błędów i dysfunkcjonalności prawa²⁷. Jerzy Wróblewski szeroko analizujący za Nowakiem interesujący nas koncept skupił się na rozróżnieniu na *prawodawcę doskonałego* oraz *prawodawcę racjonalnego*. Według niego prawodawca doskonały to legislator spełniający wszystkie *zewnętrzne* kryteria racjonalności²⁸; przy czym możliwe są bardzo szczegółowe wyliczenia tych kryteriów, od dysponowania pełną wiedzą naukową przez doskonałą logiczną i analityczną konsekwencję prawodawczą czy całkowitą kompetencję w regulowanej dziedzinie²⁹. Szczegółowa analiza w tym miejscu tych idealizacyjnych założeń nie ma większego znaczenia, żaden bowiem prawodawca racjonalny wszystkich tych cech nie spełnia, a sam katalog doskonałości prawodawstwa prowadzi do zupełnie odrębnej dyskusji na temat aksjologii nauk prawnych i systemu wartości przyjmowanego przez prawoznawców³⁰. Według Wróblewskiego racjonalny prawodawca musi spełniać tylko minimalne wymogi (posiadać pełną kompetencję językową, posiadać możliwie najlepiej uzasadnioną wiedzę, przestrzegać zasady określonego systemu ocen moralnych), natomiast sama jego racjonalność ma charakter *wewnętrzny*, to znaczy odnosi się do prakseologii skutecznego działania prawodawczego³¹. Inaczej mówiąc, w prawoznawstwie należy przyjmować, że prawodawca działa racjonalnie (na tyle, na ile potrafi) i zgodnie z tym założeniem konstruować argumentację prawniczą, natomiast doskonałość prawodawcy jest już głównie domeną rozważań teoretycznych w ramach doktryny prawa i raczej nie ma bezpośredniego zastosowania w dogmatyce³². Dodam jeszcze, że Wróblewski jako pierwszy utożsamiał racjonalność prawodawcy z postulatem natury politycznej. Jak zauważył, „racjonalne tworzenie prawa stanowi nie tylko problem teoretyczny, ale i postulat społeczno-polityczny”³³, a prawodawca kierujący się zasadami racjonalności stara się rozwiązać konkretne problemy. Racjonalność prawodawcy jest „oczywistą dyrektywą”³⁴ dogmatyki prawa, a zgodnie z tą interpretacją

²⁶ *Ibidem*, s. 165.

²⁷ Por. J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] J. Wróblewski (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej, Łódź, 27–28 marca 1980 r.*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa 1982, s. 137–138.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Przywoływany przez Wróblewskiego Nowak wylicza aż 17 założeń idealizacyjnych doskonałości prawodawcy; por. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza...*, [za:] J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia...*, s. 136.

³⁰ J. Bafia, *Zasady tworzenia prawa*, PWN, Warszawa 1980, s. 20.

³¹ J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia...*, s. 135.

³² *Ibidem*, s. 140.

³³ J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 1984, s. 72.

³⁴ J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii...*, s. 38. Warto zauważyć na marginesie, że Wróblewski rozumie tutaj całą dogmatykę

racjonalny prawodawca jest pojmowany jako wyznacznik reguł metodologicznych rządzących interpretacją prawniczą³⁵.

Wydaje się, że prace Nowaka i Wróblewskiego z lat 70. i 80. XX wieku na trwałe zakorzeniły rozwój koncepcji racjonalnego prawodawstwa w polskiej dogmatyce. Często przywołuje się w tym miejscu przedstawicieli *szkoły poznańskiej* (głównie Sławomirę Wronkowską, Zygmunta Ziemińskiego oraz Macieja Zielińskiego), którzy upowszechnili stosowanie tego modelu nie tylko jako idealizacyjnego typu w teorii prawa, ale także – wyraźnie wbrew intencjom Nowaka i Wróblewskiego – bezpośredniego domniemania w praktyce prawa³⁶. Według Ziemińskiego *racjonalny prawodawca* stanowi „teorię idealizacyjną”, wprowadzając do analityki wykładni metodę idealizacyjną³⁷ możliwą do bezpośredniego zastosowania na każdym etapie wykładni. Przytoczmy dla przykładu prace Wronkowskiej, która wskazuje trzy obszary zastosowania koncepcji racjonalnego prawodawcy: 1) wyjaśnianie intencji prawodawcy w stanowieniu przepisów prawa umożliwiające ich dalszą interpretację; 2) rozwiązywanie problemów dogmatycznych, zwłaszcza w przypadku sprzeczności i niezupełności systemu prawa; 3) teoretyczny i idealny wzorzec dla rzeczywistego prawodawcy oraz prawnika³⁸. Wronkowska konstatuje ponadto, że kontrfaktyczność założenia w tym miejscu jest jeszcze głębsza, gdyż zarówno sam teoretyczny legislator, jak i prawnicy w praktyce posługujący się metodami dogmatyki prawa dopuszczają możliwość, że racjonalny prawodawca stworzy nie w pełni racjonalny system prawa³⁹.

Rozpowszechnił się także pogląd, że konstrukcja racjonalnego prawodawcy należy do głębokiej struktury wykładni prawa. Pogląd ten podzielał m.in. Marek Zirk-Sadowski (traktując konstrukcję nawet szerzej jako *racjonalność prawniczą*), zauważając jednocześnie, że jej zastosowanie nie może przynosić zawsze uniwersalnych, jednoznacznych efektów; w ostatecznym rozrachunku bowiem odwołanie się przez interpretatora do racjonalności zawsze zachodzi przez pryzmat jego własnych wartości i preferencji⁴⁰. Zbli-

prawa jako *paradygmat*, u którego podstaw leży właśnie założenie racjonalności prawodawcy. Rozumienie paradygmatu wg tego autora wpisuje się więc w szeroką interpretację pojęcia.

³⁵ J. Kmita, *Etyczny aspekt koncepcji racjonalnego prawodawcy*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii...*, s. 416–417.

³⁶ Por. S. Wojtczak, *Wpływ konceptu „racjonalnego prawodawcy” na polską kulturę prawną*, [w:] J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień (red.), *Wielowymiarowość prawa*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2014, s. 103.

³⁷ Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 162–163.

³⁸ S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1990, s. 120–121.

³⁹ S. Wronkowska, *op. cit.*, s. 128–129.

⁴⁰ M. Zirk-Sadowski, *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1984, s. 113. Zirk-Sadowski w ogóle traktował racjonalność jako podstawową zasadę organizacji nowoczesnego państwa i systemu prawnego; por. np. *idem*, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 14.

żony pogląd wyraził Artur Kozak, stwierdzając, że podobnie jak „założenie racjonalności podmiotu, którego działania poddajemy interpretacji, jest fundamentalną zasadą całej interpretacji humanistycznej”, tak założenie racjonalności prawodawcy staje się fundamentalną zasadą wykładni prawa⁴¹. Kozak stanął tutaj ponadto na stanowisku, że koncepcja racjonalnego prawodawcy, jako typ interpretacji humanistycznej, jest przejawem integracji zewnętrznej prawoznawstwa; pozwala na „integrację wykładni (a na pewno jej praktyki) z problematyką pozaprawniczą”⁴².

Z podobnego punktu widzenia, to znaczy jako na teorię idealizacyjną, patrzył na to założenie Zygmunt Tobor, który definiował model racjonalnego prawodawcy jako jedną z podstawowych metod odnalezienia intencji prawodawcy. Tobor za Ronaldem Dworkinem zauważył, że „każde spójne podejście do wykładni musi być oparte na założeniu «czyjejs» intencji”⁴³; model racjonalnego prawodawcy miałby w tym wypadku teoretyczny konstrukt podmiotu, którego intencja jest analizowana. Według niego założenie racjonalnego prawodawcy pociąga za sobą domniemanie niesprzeczności i zupełności całego systemu prawa, nawet jeśli kontrfaktyczne, to obowiązujące. Dla porównania należy przytoczyć jeszcze opinię Jerzego Kmity, dla którego racjonalność prawodawcy jest „oczywistą dyrektywą”⁴⁴ dogmatyki prawa, a racjonalny prawodawca jest pojmowany jako wyznacznik reguł metodologicznych rządzących interpretacją prawniczą⁴⁵.

Coraz częstsze ujmowanie racjonalności prawodawcy jako fundamentu teoretycznego (i praktycznego) każdego rozumowania prawnego spotkało się również z krytyką. Do najbardziej znanych krytyków zaliczyć trzeba Lecha Morawskiego. Wyliczał on, że *domniemanie* racjonalnego prawodawcy jest wyjątkowo często stosowane choćby przez Trybunał Konstytucyjny w Polsce, co jest zauważalnym wyjątkiem na tle orzecznictwa sądów konstytucyjnych innych krajów⁴⁶. Morawski utożsamiał domniemanie w ogóle z modernistycznym poglądem o logocentryczności rzeczywistości (tutaj: rzeczywistości prawnej), który wszędzie nakazuje interpretatorowi doszukiwać się ukrytych reguł, sen-

⁴¹ A. Kozak, *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997, s. 75–77.

⁴² *Ibidem*, s. 79.

⁴³ Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 40 oraz tam cytowany: R. Dworkin, *Comment*, [w:] A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton University Press, Princeton 1997, s. 115.

⁴⁴ J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki...*, s. 38. Warto zauważyć na marginesie, że Wróblewski rozumie tutaj całą dogmatykę prawa jako *paradygmat*, u którego podstaw leży właśnie założenie racjonalności prawodawcy. Rozumienie paradygmatu wg tego autora wpisuje się więc w szeroką interpretację pojęcia.

⁴⁵ J. Kmita, *op. cit.*, s. 416–417.

⁴⁶ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 2006, s. 159–160.

sów i logicznych znaczeń⁴⁷. Według tego autora stosowanie tezy o racjonalności prawodawcy tylko niepotrzebnie komplikuje i teoretyzuje proces interpretacji przepisów prawa, w dodatku bywa niewystarczające do rozstrzygnięcia wszystkich wątpliwości pojawiających się w toku wykładni czy usunięcia widocznych wad prawa⁴⁸. W podobnym tonie wypowiadała się Sylwia Wojtczak, zauważając, że nieustanne odwoływanie się do racjonalności prawodawcy należy raczej interpretować jako „*argumentum ad verecundiam*, środek służący oniesmieleniu odbiorcy i zniechęceniu go do kwestionowania głoszonych tez”⁴⁹. Wojtczak stwierdziła – jak sądzę nie bez dezaprobaty – że pojęcie racjonalnego prawodawcy ze ściśle naukowych opracowań coraz częściej przenika także do publicystyki okołoprawniczej czy wręcz „prawniczej kultury masowej” – gdzie jest powtarzane zupełnie bezrefleksyjnie, „w nadużytej i zwulgaryzowanej wersji”⁵⁰.

Zauważę jeszcze, że paradygmat racjonalnego prawodawcy pojawiał się, choć może nie tak wielokrotnie nadużywany jak w polskiej dogmatyce, w szeregu nurtów idei prawa. Zarówno w odwołujących się do idealistycznej racjonalności koncepcjach prawa natury, jak i w odrzucającym metafizykę pozytywizmie i normatywizmie prawniczym przekonanie o racjonalności prawodawcy (niezależnie od tego z jakich źródeł by ta racjonalność nie wynikała) było stosowane jako jeden z głównych elementów doktryny politycznej i prawnej.

4. Racjonalność prawodawcy jako paradygmat polskiego prawoznawstwa

Spróbuję teraz zinterpretować cechy założenia racjonalnego prawodawcy w świetle koncepcji paradygmatu naukowego. Jak stwierdziłem, koncepcja ta ma charakter idealistyczny i stanowi wzór w stanowieniu prawa dla rzeczywistego prawodawcy, wzór dla prawników w bieżącej praktyce interpretacji prawnej oraz wzór dla teoretyków prawa w ogólnych rozważaniach doktrynalnych. Jerzy Lande zauważył kiedyś, że „normowanie, jako proces logiczny, ma zawsze charakter idealny”⁵¹, zatem postulat racjonalności prawodawcy jest w tym miejscu ideałem, do którego powinien dążyć (lub przynajmniej odnosić się) każdy podmiot posługujący się prawem. Na tej podstawie można stwierdzić wręcz, że całe prawoznawstwo jako dziedzina nauki bazuje na tej metodzie idealizacyjnej. Rozwijając teorię „założenia idealizującego”, wspomniany wyżej Nowak dowodził,

⁴⁷ L. Morawski, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 11 (657), s. 30 oraz 36.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 36–37.

⁴⁹ S. Wojtczak, *op. cit.*, s. 99.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 102–103.

⁵¹ J. Lande, *Studia z filozofii prawa*, PWN, Warszawa 1959, s. 204.

że racjonalność prawodawcy poprzez „konkretyzację” uwzględniającą różne rzeczywiste czynniki stopniowo traci swoje cechy idealne i może być jako taka wciąż stosowana w codziennych formułach badań prawoznawczych⁵². Powstaje jednak pytanie, na ile posługiwanie się metodą idealizacyjną w prawoznawstwie, które *nie jest* dziedziną empiryczną, jest uzasadnione.

Zirk-Sadowski odpowiada przecząco. Po pierwsze, głównym celem twierdzeń walidacyjnych i interpretacyjnych prawoznawstwa jest znalezienie uzasadnienia dla przepisów prawa (a nie empiryczne dowodzenie stanów faktycznych). Po drugie, założenie racjonalnego prawodawcy jest kontrfaktyczne i w gruncie rzeczy samo zakłada swoją nieprawdziwość (patrz: reguły kolizyjne w odniesieniu do sprzeczności w systemie prawa), przez co trudno uznać je za idealne⁵³. Ponadto większość twierdzeń prawoznawstwa sprowadza się do ustalenia intencji prawodawcy, choćby w jej minimalnym kształcie, by następnie tej intencji użyć w stosowaniu prawa⁵⁴. Odczytanie intencji prawodawcy samo w sobie może być trudne, jest zawsze związane z systemem wartości moralnych przestrzeganych przez prawodawcę (ten system także trzeba ustalić!), a w wielu wypadkach ostatecznie to sam interpretator musi dokonać wyboru, jaką dokładnie wartość przypisać prawodawcy i jaką intencję odczytać w założeniach danego przepisu⁵⁵. W ogóle traktowanie racjonalności prawodawcy jako naukowej metody idealizacyjnej prowadzi do o wiele głębszej dyskusji o samą naukowość prawoznawstwa. Jeżeli podstawowa metoda stosowana przez nauki prawne jest dyskusyjna, jej główne założenie obfituje w wewnętrzne sprzeczności, a operowane twierdzenia mają charakter nieempiryczny, czy w ogóle można mówić o prawoznawstwie jako o nauce, choćby w kategoriach Popperowskiej falsyfikowalności⁵⁶? Uważam, że tak – jeżeli racjonalność prawodawcy potraktujemy właśnie jako paradygmat.

Wróćmy do cech paradygmatu wg Kuhna. Paradygmat naukowy nigdy nie ma pełnego i skończonego charakteru. Zawsze zawiera w sobie anomalie, których sam nie potrafi wyjaśnić⁵⁷. Wyznacznikiem paradygmatu jako zbioru teorii i twierdzeń jest po prostu fakt, że mimo swoich sprzeczności jest uznawany za lepszy od innych – i dlatego jest stosowany⁵⁸. Stosowanie koncepcji racjonalnego prawodawcy, pomimo powszechnej

⁵² L. Nowak, *O ukrytej jedności nauk społecznych i nauk przyrodniczych*, <http://www.staff.amu.edu.pl/~epistemo/Nowak/itn.htm> [dostęp 15.02.2018], s. 6.

⁵³ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii...*, s. 435–438.

⁵⁴ Por. koncepcja faktycznej intencji prawodawcy (*Authoritative Intention Thesis*: J. Raz, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 280 [za:] Z. Tobor, *op. cit.*, s. 60.

⁵⁵ A. Lewandowski, *Ograniczenia aksjologiczne prawniczych wnioskowań instrumentalnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1984, z. 2, s. 174.

⁵⁶ K.R. Popper, *Logika odkrycia naukowego*, PWN, Warszawa 1977, s. 317–318.

⁵⁷ A. Lekka-Kowalik, *op. cit.*, s. 18.

⁵⁸ T.S. Kuhn, *Struktura...*, s. 43.

świadomości ograniczeń tej koncepcji, jest przykładem właśnie takiego paradygmatycznego myślenia. Paradygmat, czy w ujęciu Kuhna, czy jako *styl i kolektyw myślowy* wg Flecka, zawsze wynika z szerszych, pozanaukowych podstaw aksjologicznych nie tylko samej społeczności naukowej, ale całego otoczenia społecznego i kulturowego⁵⁹. Prawoznawstwo, jako część nauk humanistycznych, jest silnie nacechowane elementami niematerialnego poznania; stąd należy na nie patrzeć humanistycznie, przez „pryzmat postaw i woli” samych badaczy⁶⁰ – w tym wypadku prawników i teoretyków prawa. Paradygmat racjonalnego prawodawcy można tutaj uznać za przejaw wiary w ontologiczny dualizm rzeczywistości prawnej. Konkretniej: przekonania o tym, że za niedoskonałą i pełną błędów powierzchnią strukturą systemu prawa kryje się głęboki, logicznie doskonały i spójny system normatywny, do którego w stanowieniu i stosowaniu prawa należy się odnosić. Stąd założenie racjonalności prawodawcy jest traktowane jako dogmat (a sama praktyka prawna jako *dogmatyka*). Przy świadomości nierealności tego dogmatu jego odrzucenie „groziłoby katastrofalnymi skutkami”, niemożliwe jest bowiem wyprowadzenie logicznych reguł wykładni prawa z założenia jakiegokolwiek innego prawodawcy niż doskonale racjonalny⁶¹.

To celowe „zamknięcie” prawoznawstwa na jakikolwiek inny model rozumowania także doskonale wpisuje się w założenie paradygmatu. Kuhn stwierdził z pewną dozą ironii, że każdy paradygmat dostarcza badaczom zestaw „gotowych już i względnie sztywnych szufladek”, w które można wpisać wszystkie pozostałe prawa, teorie, twierdzenia czy badania⁶². Podobnie rzecz ma się z paradygmatem racjonalnego prawodawcy, nawet tym mocniej, że każdą nieracjonalność prawodawcy można zinterpretować jako sprzeczność z przyjętym idealnym założeniem. Racjonalność prawodawcy jest nie tylko konieczną dla prawoznawstwa koncepcją, ale bardzo komfortowym rozwiązaniem. Trudno wyobrazić sobie dziś jakąkolwiek logikę prawniczą wykraczającą poza paradygmat racjonalnego prawodawcy a tym bardziej rezygnującą z niego. O tym również Kuhn wspominał, kwitując, że paradygmat może być równie szkodliwy jak przydatny, ponieważ nieuchronnie „ogranicza obszar zjawisk dostępnych badaniom naukowym w każdym okresie”⁶³.

Pozostaje jeszcze przeanalizować paradygmat racjonalnego prawodawcy w kontekście przywoływanej przez Kuhna logiki i kolejności poznania naukowego. Sama obecność paradygmatu jest czymś wręcz wskazanym, świadczy o dojrzałości nauki⁶⁴.

⁵⁹ G. Musiał, *op. cit.*, s. 94.

⁶⁰ S. Kamiński, *Pojęcie nauki i klasyfikacja nauk*, Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 1981, s. 269.

⁶¹ L. Nowak, *Metodologiczne kryterium demarkacji i problem statusu teologii*, „Nauka” 2004, nr 3, s. 130.

⁶² T.S. Kuhn, *Struktura...*, s. 53.

⁶³ *Ibidem*, s. 114.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 33.

Wspomniany wyżej Zirk-Sadowski uznał, że „odkrycie zasady racjonalności i jej funkcji w dyskursie prawniczym pozwoliło włączyć prawoznawstwo do nurtu nauk posługujących się tzw. interpretacją humanistyczną”⁶⁵. Paradygmat racjonalnego prawodawcy staje się tutaj wręcz wyznacznikiem naukowości prawoznawstwa – przynajmniej w jego polskiej odmianie.

Wobec tego postawiona na wstępie teza, że założenie racjonalności prawodawcy jest w istocie paradygmatem nauk prawnych, wydaje się znajdować potwierdzenie. Racjonalność prawodawcy jest niczym innym niż ogólnie przyjętym naukowym konsensem warunkującym teorię i praktykę badawczą. Świadomość ograniczeń i wewnętrznych problemów tego konsensusu nie powoduje rezygnacji z niego, bo próba zastąpienia go jakimś innym konsensusem spowodowałaby w obecnym stanie rzeczy nieporównywalnie większe trudności. Pragnę zauważyć też, że potraktowanie racjonalności prawodawcy jako paradygmatu w pewien sposób rozwiązuje również problem używania tego (idealizacyjnego i kontrfaktycznego) założenia do oceny (faktycznego i nieidealnego) procesu prawodawczego. Z jednej strony bowiem paradygmat racjonalności prawodawcy wyznacza dla twórców, praktyków i badaczy prawa pewien generalny wzorzec zachowania, z drugiej jednakże nie wyklucza dyskusji, polemik i krytyki. Wszystkie przytaczane wyżej spory dotyczące sedna tego, *czym i jaki* jest racjonalny prawodawca, mieszczą się w istocie w dyskursie prowadzonym w ramach jednego paradygmatu. Nawet krytyka punktująca największe problemy założenia racjonalnego prawodawcy pozostaje krytyką niekonstruktywną – nie prowadzi bowiem do jakiejś innej atrakcyjnej propozycji dla teoretyków i praktyków prawa. W tej chwili paradygmat racjonalnego prawodawcy wydaje się nie mieć konkurencji.

Paradygmaty jednak są z czasem obalane i zastępowane nowymi, co wpisuje się w opisywany przez Kuhna cykl rewolucji naukowych. Przyjęcie tego cyklu w odniesieniu do założenia racjonalnego prawodawcy w polskim dyskursie ponownie potwierdza paradygmatyczność pojęcia. Wydaje się bowiem, że nauka prawa w Polsce przeszła kolejno przez etapy budowania założeń teoretycznych koncepcji racjonalnego prawodawcy (prace Nowaka i Wróblewskiego), zastosowania ich w praktyce (dziedzictwo *szkoły poznańskiej*) oraz krytycznej analizy (Morawski, Wojtczak i inni). Brakuje wciąż etapu ostatniego, a więc rewolucji naukowej, co jednak nie podważa doniosłości wcześniejszych faz rozwoju. Wręcz przeciwnie: ich obecność można potraktować jako świadectwo dojrzałości naukowej polskiego prawoznawstwa. Samo zresztą zinterpretowanie konstrukt racjonalnego prawodawcy właśnie jako paradygmatu (a nie *dogmatu*, *domniemania* czy *założenia* wykładni) pozwala moim zdaniem na potraktowanie go w mniej restrykcyjny sposób. Konkretny paradygmat, nawet jeśli jest dominujący, po-

⁶⁵ M. Zirk-Sadowski, *Konstrukcja...*, s. 431.

zostaje jednym z wielu możliwych sposobów uprawiania danej dyscypliny naukowej. Dominacja paradygmatu oczywiście wpływa na sposób nauczania i praktyki kolejnych pokoleń prawników oraz teoretyków prawa, ale nie ogranicza możliwości zbudowania nowego paradygmatu i zastąpienia nim obowiązującego. Pytanie, kiedy w polskim prawnictwie nastąpi ten ostatni etap rewolucji i obalenia obowiązującego paradygmatu, pozostaje otwarte.

Bibliografia

Literatura

- Bafia J., *Zasady tworzenia prawa*, PWN, Warszawa 1980.
- Buss D.M., *Evolutionary Psychology: A New Paradigm for Psychological Science*, „Psychological Inquiry” 1995, vol. 6.
- Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Creswell J.W., *Projektowanie badań naukowych. Metody ilościowe, jakościowe i mieszane*, tłum. J. Gilewicz, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013.
- Dworkin R., *Comment*, [w:] Scalia A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton University Press, Princeton 1997.
- Fleck L., *Teoriopoznawcze rozważania nad historią odczytu Wassermanna*, [w:] Cackowski Z., Symonitiuk S. (red.), *Psychosocjologia poznania naukowego: „Powstanie i rozwój faktu naukowego” oraz inne pisma z filozofii poznania*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2006.
- Gromski W., *Racjonalny prawodawca*, [w:] Kalina-Prasznik U. (red.), *Encyklopedia prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Guba E.G., Lincoln Y.S., *Competing Paradigms in Qualitative Research*, [w:] Denzin N.K., Lincoln Y.S. (eds.), *The Sage Handbook of qualitative research*, Sage, Thousand Oaks 2005.
- Hołyst B., Hauser R. (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, t. VII, Fundacja ubi societas, ibi ius, Warszawa 2014.
- Jodkowski K., *Paradygmat*, [w:] Cackowski Z. (red.), *Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1987.
- Jodkowski K., *Pojęcie paradygmatu a wspólnotowy charakter nauki w ujęciu Thomasa S. Kuhna*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio I” 1983, vol. VIII (4).
- Kamiński S., *Pojęcie nauki i klasyfikacja nauk*, Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 1981.
- Kępa M., *Metodologiczne ujęcie paradygmatu jako metody badawczej na przykładzie koncepcji Thomasa Kuhna*, [w:] Fiktus P., Malewski H., Marszał M. (red.), *Rodzinna Europa. Europejska myśl polityczno-prawna u progu XXI wieku*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2015.
- Kmita J., *Etyczny aspekt koncepcji racjonalnego prawodawcy*, [w:] Wronkowska S., Zieliński M. (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1990.
- Kozak A., *Pojmowanie prawa w teorii wykładni*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997

- Kuhn T.S., *Foreword*, [w:] Fleck L., *Genesis and Development of Scientific Fact*, University of Chicago Press, Chicago-London 1979.
- Kuhn T.S., *Struktura rewolucji naukowych*, tłum. H. Ostromęcka, Aletheia, Warszawa 2009.
- Lakatos I., Musgrave A., (eds.), *Criticism and Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge 1970.
- Lande J., *Studia z filozofii prawa*, PWN, Warszawa 1959, s. 204.
- Lekka-Kowalik A., *Paradygmat*, [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu, Lublin 2007.
- Lewandowski A., *Ograniczenia aksjologiczne prawniczych wnioskowań instrumentalnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1984, z. 2.
- Morawski L., *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 11 (657).
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 2006.
- Musiał G., *Paradygmat – prawo nauki – rozwój społeczny*, Akademia Ekonomiczna im. Karola Adamieckiego, Katowice 1997.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1973.
- Nowak L., *Metodologiczne kryterium demarkacji i problem statusu teologii*, „Nauka” 2004, nr 3.
- Pfeffer J., *Barriers to the Advance of Organizational Science: Paradigm Development as a Dependent Variable*, „Academy of Management Review” 1993, vol. 18, nr 4.
- Podsiad A., *Słownik terminów i pojęć filozoficznych*, Instytut Wydawniczy Pax, Warszawa 2000.
- Popper K.R., *Logika odkrycia naukowego*, tłum. U. Niklas, PWN, Warszawa 1977.
- Pszczółkowski L., *Racjonalne prawodawstwo*, [w:] Hołyst B., Hauser R. (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, t. VII, Fundacja ubi societas, ibi ius, Warszawa 2014.
- Racey A.R., *Słownik filozoficzny*, tłum. R. Matuszewski, Zysk i S-ka, Poznań 1999.
- Rainko S., *Dwa paradygmaty. Esej z teorii wiedzy*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 2011.
- Raz J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Tobor Z., *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Wojtczak S., *Wpływ konceptu „racjonalnego prawodawcy” na polską kulturę prawną*, [w:] Czapska J., Dudek M., Stępień M. (red.), *Wielowymiarowość prawa*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2014.
- Wronkowska S., *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] Wronkowska S., Zieliński M. (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1990.
- Wróblewski J., *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] Wronkowska S., Zieliński M. (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1990.
- Wróblewski J., *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa*, [w:] Wróblewski J. (red.), *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa. Materiały z sesji naukowej, Łódź, 27–28 marca 1980 r.*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa 1982.
- Wróblewski J., *Zasady tworzenia prawa*, Uniwersytet Łódzki, Łódź 1984.
- Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 2001.

Zirk-Sadowski M., *Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna*, [w:] Wronkowska S., Zieliński M. (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1990.

Zirk-Sadowski M., *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998.

Zirk-Sadowski M., *Rozumienie ocen w języku prawnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1984.

Źródła internetowe

Nowak L., *O ukrytej jedności nauk społecznych i nauk przyrodniczych*, <http://www.staff.amu.edu.pl/~epistemo/Nowak/itm.htm> [dostęp 15.02.2018].

Michał Wieczorkowski

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Habermas vs Fish – pytanie o możliwość porozumienia międzykulturowego

Habermas vs Fish – a question about the possibility of intercultural agreement

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest podjęcie refleksji na temat tezy, zgodnie z którą zgoda pomiędzy reprezentantami dwóch różnych kultur może i powinna dokonywać się na poziomie teoretycznym. Autor stara się rozważyć teorię działania komunikacyjnego zaproponowaną przez Jürgena Habermasa w świetle filozofii amerykańskiego neopragmatysty, Stanleya Fisha. Jürgen Habermas jest jednym z najważniejszych i najszerzej czytanych teoretyków społecznych czasów powojennych. Jest jednym z autorów koncepcji demokracji deliberatywnej, zgodnie z którą demokratyczna decyzja jest legitymowalna, jeśli stoi za nią autentyczna deliberacja – bezinteresowna wymiana racji, a nie jedynie suma interesów wyrażona w głosowaniu. Fundamentem demokracji deliberatywnej jest przy tym według niemieckiego myśliciela działanie komunikacyjne, osadzone w ramach racjonalności komunikacyjnej. Stanley Fish z kolei jest jednym z wybitniejszych amerykańskich filozofów XX i XXI wieku. Główną sferą jego aktywności naukowej jest teoria literatury, prawo oraz historia. W toku swych rozważań Fish skonstruował koncepcję wspólnot interpretacyjnych, które implikują oryginalne spojrzenie na naturę procesu poznawczego, statusu ludzkich przekonań, naturę sytuacji komunikacyjnej oraz możliwości, które oferuje teoretyzowanie. Ostateczny wniosek wynikający z refleksji nad filozofią Fisha wyjaśnia, dlaczego teoria zaproponowana przez Habermasa nie jest adekwatnym narzędziem do osiągnięcia porozumienia międzykulturowego.

Słowa kluczowe

działanie komunikacyjne, wspólnoty interpretacyjne, porozumienie międzykulturowe, neopragmatyzm

Abstract

The purpose of the paper is to analyze the thesis that an agreement between representatives of two different cultures can and should be reached at a theoretical level. The author tries to verify the Theory of Communicative Action proposed by Jürgen Habermas in the light of philosophical reflections of American neopragmatist Stanley Fish. Habermas is one of the most important and widely read social theorists in the post-Second World War era. He is also one of the authors of the concept of deliberative democracy, which holds that, for a democratic decision to be legitimate, it must be preceded by authentic deliberation – disinterested exchange of reasons – not merely the aggregation of preferences that occurs in voting. The foundation of deliberative democracy is, according to the German thinker, a communicative action based on communicative rationality. Stanley Fish, in turn, is one of the most eminent American philosophers of the twentieth and twenty-first centuries. The main area

of his scientific activity is the theory of literature, law, and history. In the course of his reflections, Fish constructed the concept of an interpretative communities, which implies an original view on the nature of the process of cognition, status of human convictions or beliefs, nature of communication situation and capabilities of theory. The final conclusion stemming from the reflection on Fish's philosophy explains why Habermas' theory is not an adequate tool to reach an intercultural agreement.

Keywords

communicative action, interpretive communities, intercultural agreement, neopragmatism

1. Wprowadzenie

„Spośród wielu popularnych utopijnych wizji najbardziej dziś znaną, najwierniej odzwierciedlającą marzenia i ideały całego pokolenia, a zarazem najbardziej przerażającą, jest ta przedstawiona przez Johna Lennona w przeboju *Imagine*”¹ – pisała swego czasu Anna Kołakowska. Utwór ten prezentował wizję „braterstwa ludzi”, którzy „dzielą się całym światem”, wpisując się tym samym w szeroki nurt krytyki etnocentryzmu. Problematyka związana z nadzieją wyrażoną w *Imagine* – nadzieją na ostateczne porozumienie ponad wszelkimi różnicami – stanowi jednocześnie jedną z kluczowych kwestii poruszanych przez współczesne rozważania na temat dialogu międzykulturowego. Ważkość dialogu międzykulturowego nie wynika wszakże jedynie z bieżących problemów, takich jak terroryzm, masowe migracje czy postkolonializm. W gruncie rzeczy bowiem problem ten wiąże się z podstawowym dla ludzkiej egzystencji pytaniem o możliwy charakter relacji z Innym. To ten „Inny pozwala wyjść poza horyzont konstytuowanego sensu, spotkać się z transcendencją”², gdyż Inny jest tym, „co transcendentne, czego nie mogę ogarnąć, nie mogę zrozumieć”³. Przekładając to na problem wielokulturowości, Hanna Mamzer stwierdza, iż „kategoria Innego [...] postawiła kres traktowaniu kogoś odmiennego kulturowo, jako dzikiego barbarzyńcy [...]. Warunkiem uznania w pełni podmiotowości Innego jest jego ROZPOZNANIE [zapis oryginalny – MW]. Polega ono nie tylko na uznaniu istnienia Innego, ale także na uznaniu go za równorzędny podmiot poznający. Prowadzić ma to do dialogu podmiotów występujących na tym samym poziomie”⁴. Powyższe podejście postuluje więc, by zapomnieć o kategoriach, którymi karze posługiwać się dana kultura i dać dojść do głosu Innemu takiemu, jaki jest, traktując go przy tym jako podmiot równorzędny. Jest to więc stanowisko co do zasady anty-etnocentryczne. Z drugiej strony, Clifford Geertz, relacjonując poglądy Levi-Straussa, stwierdza, że „etnocentryzm [...] nie tylko nie jest sam przez się czymś złym, ale – przynajmniej dopóki nie

¹ A. Kołakowska, *Wojny kultur i inne wojny*, Teologia Polityczna, Warszawa 2012, s. 11.

² B. Skarga, *Tożsamość i różnica. Eseje metafizyczne*, Znak, Kraków 1997, s. 104.

³ *Ibidem*, s. 120.

⁴ H. Mamzer, *Inny uprzedmiotowiony? Jak mówić o wielokulturowości*, [w:] H. Mamzer (red). *Czy kres wielokulturowości?*, Wydawnictwo Humaniora, Poznań 2008, s. 65–66.

wymyka się spod kontroli – jest czymś raczej dobrym. Wierność wobec pewnego zasobu wartości w sposób nieunikniony wyraża się w «częściowej lub całkowitej obojętności wobec innych wartości», wobec których równie i w równie zaściankowy sposób zachowują lojalność inni ludzie»⁵. Jak twierdzi sam Levi-Strauss, rezerwa wobec innych kultur „może [...] wręcz być ceną, którą płaci się za to, by systemy wartości każdej duchowej rodziny i każdej wspólnoty przetrwały i mogły się odnawiać, czerpiąc z własnych wewnętrznych źródeł»⁶. Powyższe perspektywy – anty-etnocentryczną i etnocentryczną – można uznać za dwie metody podejścia do problemu wielokulturowości. Czym jest jednak sama wielokulturowość?

Jak podaje Marian Golka, „wielokulturowość to uświadomione współwystępowanie na tej samej przestrzeni dwóch lub więcej grup społecznych o odmiennych cechach kulturowych, takich jak wygląd zewnętrzny, język, wyznanie religijne, układ wartości itd.»⁷ Samo zjawisko wielokulturowości wiąże się według Golki z „różnymi [...] skutkami – od antagonizmu i konfliktu do pełnej akceptacji i współdziałania»⁸. Mamzer zauważa w tym kontekście, że wielokulturowość rozpatrywać można z dwóch perspektyw: „Perspektywa pierwsza to opis pewnego istniejącego (lub postrzeganego) stanu społeczności, w ramach którego przyjmuje się zachodzenie kontaktów pomiędzy przedstawicielami różnych kultur. Taka analiza sprowadza się do opisu sytuacji, być może obejmujących także próby przewidywania konsekwencji na przyszłość [...]. Druga perspektywa to traktowanie wielokulturowości jako pewnego normatywnego programu, o charakterze postulatycznym. W ramach takiego podejścia promuje się wielokulturowość i jej pozytywne cechy, jako wartość, traktuje się kontakt z odmiennością jako źródło pozytywnych i wartościowych doznań»⁹. Mamzer zwraca przy tym uwagę na fakt, że programy realizujące drugie ze wskazanych podejść często pomijają negatywne konsekwencje wynikające z „kontaktów zachodzących pomiędzy przedstawicielami różnych kultur. A jeśli się nawet o nich mówi, to w sposób taki, który uznaje je za zjawiska niepożądane i w związku z tym postuluje dążenie do ich zniwelowania, traktując je jako procesy negatywne”, zakładając tym samym, że są to zjawiska możliwe do zlikwidowania. W niniejszym artykule autor chciałby podjąć krytyczną refleksję na temat jednego z proponowanych projektów wyeliminowania owych „zjawisk niepożądanych” towarzyszących wielokulturowości. Omawiany projekt opiera się na wyrażonym przez Józefa Tischnera przekonaniu, iż sposobem komunikowania się z Innym, a tym samym rozwiązaniem konfliktów wie-

⁵ C. Geertz, *Zastane światło. Antropologiczne refleksje na tematy filozoficzne*, Z. Pucek (tłum.), Universitas, Kraków 2006, s. 91–92.

⁶ C. Levi-Strauss, *Spojrzenie z oddali*, W. Grajewski i in. (tłum.), PIW, Warszawa 1993, s. 15.

⁷ M. Golka, *Imiona wielokulturowości*, Muza, Warszawa 2010, s. 7–8.

⁸ *Ibidem*, s. 8.

⁹ H. Mamzer, *Inny uprzedmiotowiony?...*, s. 63.

lokulturowych ma być dialog, przy czym „dialog oznacza, że ludzie wyszli z kryjówek, zbliżyli się do siebie, rozpoczęli wymianę zdań. Początek dialogu – wyjście z kryjówki – jest już dużym wydarzeniem. Trzeba się wychylić, przekroczyć próg, wyciągnąć rękę, znaleźć wspólne miejsce do rozmowy”¹⁰. Pojawia się wszakże pytanie, jak dokładnie ów dialog miałby wyglądać i czy może on stanowić właściwy środek do realizacji porozumienia międzykulturowego. Za odpowiedź na te pytania uznać można teorię działania komunikacyjnego Jürgena Habermasa, która w tym kontekście jawi się jako być może najpoważniejsza propozycja normatywnego podejścia do wielokulturowości. Niniejszy artykuł ma na celu zaprezentować treść i możliwości habermasowskiego programu w kontekście porozumienia międzykulturowego oraz wskazać jego ograniczenia w odniesieniu do filozofii amerykańskiego neopragmatysty Stanleya Fisha.

2. Teoria działania komunikacyjnego Jürgena Habermasa

Habermas jest znanym przedstawicielem drugiej generacji szkoły frankfurckiej, który przedmiotem swych badań uczynił w pierwszej kolejności problematykę nowoczesnych społeczeństw, starając się przy tym stworzyć teorię umożliwiającą ich optymalną organizację. Szczególne znaczenie dla filozofii polityki miały jego polemiki z Johnem Rawlsem, Jacquesem Derridą czy Josephem Ratzingerem. Według Jamesa Finlaysona szacunek, jakim cieszy się Habermas, wynika właśnie z faktu, że „zadaje [on] duże pytania o naturę nowoczesnego społeczeństwa, problemy, z którymi się zderza, oraz o miejsce, jakie znajdują w nim język, moralność, etyka, polityka i prawo”¹¹. Założeniem leżącym u podstaw całej twórczości niemieckiego teoretyka jest pogląd, iż nowoczesna rzeczywistość społeczna zbudowana jest z „pluralizmu ścierających się ze sobą ideałów życia i sposobów wartościowania”¹², których nie jest w stanie ujarzmić, jak to wcześniej bywało, ani religia, ani zakorzeniony w niej etos¹³.

Podstawą habermasowskiego programu jest koncepcja demokracji deliberatywnej¹⁴, przy czym sama deliberacja jest w tym kontekście rozumiana jako procedura, która „bierze w rachubę wyższego stopnia intersubiektywność procesów dochodzenia do porozumienia, które dokonują się poprzez procedurę demokratyczną lub komunikacyjną sieć politycznych sfer publicznych”¹⁵. Wspomniana przez autora *Teorii działania komunikacyjnego* intersubiektywność wyższego stopnia osiągnana jest w momencie, w którym

¹⁰ J. Tischner, *Etyka solidarności*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2000, s. 17.

¹¹ J.G. Finlayson, *Habermas. A very short introduction*, Oxford University Press, New York 2005, s. XIX.

¹² J. Habermas, *Faktyczność jako obowiązanie*, A. Romaniuk, R. Marszałek (tłum.), Scholar, Warszawa 2005, s. 79.

¹³ J. Habermas, *Uwzględniając Innego*, A. Romaniuk (tłum.), PWN, Warszawa 2009, s. 22.

¹⁴ *Idem*, *Faktyczność...*, s. 314.

¹⁵ *Ibidem*, s. 317–318.

podmiot „cofa się z płaszczyzny [...] konkretnej etyczności określonej wspólnoty i przenosi się na płaszczyznę owych reguł dyskursu i form argumentacji, które czerpią swą treść normatywną z ważnościowej postawy działań ukierunkowanych na porozumienie”¹⁶. W myśl koncepcji Habermasa porozumienie ma więc być następstwem wycofania się podmiotu z właściwej sobie sytuacyjności. Magdalena Żardecka-Nowak zwraca uwagę na argumentacyjny aspekt tego projektu, stwierdzając, iż w świetle teorii deliberatywnej „decyzja polityczna nie musi zostać podjęta w wyniku głosowania, aby rościć sobie pretensje do legitymizacji, lecz może tę legitymizację uzyskać również wtedy (a nawet przede wszystkim wtedy), gdy da się udowodnić, że zapadła w wyniku procesu argumentacji wolnej od przemocy i przymusu”¹⁷. O znaczeniu, jakie dla omawianej koncepcji mają wskazane przez Żardecką-Nowak warunki nakładane na dyskurs, Habermas pisze następująco: „Zgodnie z założeniami [...] wolnego od przemocy dyskursu między wolnymi i równymi uczestnikami, każdy jest zobowiązany do przyjęcia perspektywy wszystkich innych; z tego ząębiana się perspektyw powstaje idealnie poszerzona perspektywa My, z której wszyscy mogą wspólnie sprawdzić, czy daną sporną normę chcą uczynić podstawą swej praktyki”¹⁸. O ile więc deliberacja zachodzi pomiędzy równymi, szczerymi podmiotami, jest wolna od przemocy i nakierowana na porozumienie, to osiągnięcie tego porozumienia jest właściwie gwarantowane. Pogląd ten wydaje się wynikać z Habermasowskiej koncepcji racjonalności komunikacyjnej.

Tadeusz Buksiński opisuje racjonalność komunikacyjną jako coś, co „tworzy warunki dla nieurzeczowionej, nieinstrumentalnej, wolnej komunikacji między ludźmi. Wymaga bowiem, by partnerzy uznawali siebie nawzajem jako równych, wolnych, rozumnych oraz by dążyli do prawdy, słuszności i szczerości”¹⁹. Działanie komunikacyjne byłoby więc nakierowane w pierwszym rzędzie na doprowadzenie do zaistnienia konsensusu pomiędzy stronami sporu. By zrozumieć istotę działania komunikacyjnego niemiecki socjolog zestawia je z dwoma innymi typami działań: działaniami strategicznymi oraz instrumentalnymi²⁰. Działania instrumentalne polegają na dobieraniu jak najlepszych środków do osiągnięcia wyznaczonego przez siebie celu, z kolei „podmioty działające strategicznie [...] zmiierzają do realizacji swych celów przez wywieranie wpływu na decyzje innych podmiotów”²¹, w rezultacie czego to właśnie „wzajemne ząębianie

¹⁶ J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 244.

¹⁷ M. Żardecka-Nowak, *Demokracja deliberatywna jako remedium na ponowoczesny kryzys legitymizacji władzy*, „Teki Komisji Politologii i Stosunków Międzynarodowych” 2008, nr 3, s. 31.

¹⁸ J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 70.

¹⁹ T. Buksiński, *Publiczne sfery i religie*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań 2011, s. 27.

²⁰ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, A.M. Kaniowski (tłum.), PWN, Warszawa 1999, s. 474

²¹ *Idem*, *Pojęcie działania komunikacyjnego*, A.M. Kaniowski (tłum.), „Kultura i Społeczeństwo” 1986, nr 3, s. 30.

się egocentrycznych kalkulacji korzyści daje w efekcie wzór interakcji²². Tak zdefiniowane działania strategiczne i instrumentalne są jedynie narzędziami służącymi realizacji partykularnych interesów, charakteryzując się brakiem, jak pisze Grażyna Osika, „dobrowolnego przyjęcia zgody przez obie strony interakcji”²³. Wydaje się, że zaproponowanie nowego typu racjonalności – racjonalności komunikacyjnej – było koniecznym elementem habermasowskiego programu ze względu na fakt deprecjacji klasycznie ujmowanej racjonalności w filozofii współczesnej. Szczególną rolę na tym polu odegrał Michel Foucault, który, jak pisze Andrzej Kapusta, w swej twórczości „podejmował problemy politycznego i społecznego uwikłania wiedzy”²⁴, rozwijając w ten sposób zapoczątkowaną przez Maxa Horkheimera i Theodora Adorno krytykę oświeceniowego rozumu. Andrzej Zybertowicz wskazuje, iż w paradygmacie Foucaultowskim „przemoc odgrywa konstytutywną rolę w procesie tworzenia, upowszechniania i funkcjonowania wiedzy w społeczeństwie i bez postawienia jej w centrum uwagi nie sposób przemian tej wiedzy wyjaśnić”²⁵. Można zatem powiedzieć, że w myśli francuskiego filozofa dokonane zostanie zredukowanie wiedzy, najdonioślejszego dorobku rozumu, do roli narzędzia politycznego. Foucault wyraża ten pogląd w następujących słowach: „dyskurs jest nie tylko czymś, co tłumaczy walki i systemy panowania, lecz również tym, dla czego i poprzez co walczymy – jest władzą, którą usiłujemy zdobyć”²⁶. Według Michała Herera, francuski filozof w tym miejscu „wskazuje na «pochodzenie» poszczególnych postaci wiedzy, kontekst ich powstawania oraz strategiczne cele, którym służyły”²⁷. Nie dziwi zatem fakt, że skoro związki racjonalności z władzą zostały w tak dobitny sposób wyciągnięte na światło dzienne, koniecznością dla autora *Teorii działania komunikacyjnego* stało się przekroczenie dotychczasowego rozumienia racjonalności. Niemiecki filozof czyni to poprzez sformułowanie koncepcji racjonalności komunikacyjnej wraz z opartym na niej działaniem komunikacyjnym. Jak pisze Habermas, „w działaniach komunikacyjnych uczestnicy interakcji realizują swe plany działania w warunkach porozumienia osiągniętego w drodze komunikacji”²⁸. Tym samym tym, co odróżnia działanie komunikacyjne od innych typów działań, jest fakt, że akcent zostaje w nim przeniesiony

²² *Ibidem*, s. 21.

²³ G. Osika, *Teoria działania komunikacyjnego J. Habermasa*, [w:] J. Rąb (red.), *Zarządzanie Wiedzą – czasopismo poświęcone wiedzy i zarządzaniu wiedzą*, Oficyna Wydawnicza Stowarzyszenie Na Rzecz Rozwoju Nauki Polskiej, Kraków – Zabrze 2001, s. 123.

²⁴ A. Kapusta, *Filozofia ekstremalna*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2002, s. 96.

²⁵ A. Zybertowicz, *Przemoc i poznanie. Studium z nie-klasycznej socjologii wiedzy*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 1995, s. 17.

²⁶ M. Foucault, *Porządek dyskursu*, M. Kozłowski (tłum.), Słowo/Obraz Terytoria, Gdańsk 2002, s. 8.

²⁷ M. Herer, *Michela Foucaulta wizja współczesności. Wiedza, władza i gry prawdy*, s. 11. <http://www.ekologiasztuka.pl/pdf/f007herer.pdf> [dostęp 30.08.2018]

²⁸ J. Habermas, *Pojęcie działania komunikacyjnego...*, s. 42.

z dążenia do zysku na dążenie do porozumienia²⁹. Istotne jest również to, że pomiędzy działaniem komunikacyjnym a instrumentalnym czy strategicznym zachodzi nieredukowalna różnica jakościowa. Według niemieckiego filozofa, „pojęcie działania komunikacyjnego pomyślane jest w taki sposób, że aktów dochodzenia do porozumienia [...] nie można zredukować do działania teleologicznego”³⁰, gdyż z działaniem komunikacyjnym mamy do czynienia wtedy, gdy „uczestnicy koordynują plany działania nie przez ego-centriczną kalkulację (szans) sukcesu, lecz przez akty dochodzenia do porozumienia. W działaniu komunikacyjnym uczestnicy stawiają własny sukces na drugim planie; zmierzają do osiągnięcia własnych celów pod warunkiem, że mogą swe plany działania wzajemnie zestroić na gruncie wspólnych definicji sytuacji”³¹. Tak rozumiana racjonalność komunikacyjna, oprócz bycia receptą na porozumienie, stanowi równocześnie zbiór sprecyzowanych wymogów względem podmiotu, takich jak szacunek, uznanie równej pozycji, szczerłość i tym podobne. To właśnie spełnienie tych wymogów ma gwarantować zgodę, której trwałość wynika z tego, że nie jest ona narzucona przez żadną stronę³². Wydaje się więc, że działanie komunikacyjne polega na wyłączeniu wszelkich form oddziaływania na drugą stronę konfliktu z wyjątkiem wymiany racji³³. Dla niemieckiego teoretyka racje są twierdzeniami, które są w stanie przejść test uniwersalności – twierdzenie to musi z jednej strony podnosić roszczenie do powszechnej akceptacji tak, by druga strona była je w stanie zaakceptować, z drugiej zaś wyrażać coś więcej niż partykularny interes, musi być bezinteresowne, nakierowane na osiągnięcie dobra wspólnego nawet kosztem własnych interesów³⁴. Jak wskazuje Habermas, w celu osiągnięcia porozumienia trzeba szukać „uregulowania neutralnego, które może znaleźć racjonalne uznanie wszystkich stron konfliktu na bardziej abstrakcyjnej płaszczyźnie równoprawnej koegzystencji różnych wspólnot”³⁵. Wynika z tego jednak, że rozum komunikacyjny wyklucza wszelką argumentację, która nie spełnia powyższych kryteriów, na przykład taką, która opiera się na przesłankach emocjonalnych czy religijnych³⁶, o ile nie jest się w stanie ich podnieść do rangi twierdzeń neutralnych i służących dobru wspólnemu. Na tej podstawie można twierdzić, że kluczowy dla koncepcji działania komunikacyjnego jest wymóg neutralności, który umożliwia bezinteresowną wymianę racji stanowiącą warunek konieczny do osiągnięcia porozumienia.

²⁹ *Idem*, *Teoria działania komunikacyjnego...*, s. 474.

³⁰ *Ibidem*, s. 476.

³¹ *Ibidem*, s. 473.

³² *Ibidem*, s. 475.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Por. T. Buksiński, *op. cit.*, s. 27.

³⁵ J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 273.

³⁶ J. Habermas, *Religia w sferze publicznej. Poznawcze założenia „publicznego czynienia użytku z rozumu” przez obywateli wierzących i niewierzących*, [w:] J. Habermas, *Między naturalizmem a religią. Rozprawy filozoficzne*, M. Pańków (tłum.), PWN, Warszawa 2012, s. 106–110.

Racjonalność komunikacyjna wiąże się również z pewnym określonym podejściem do rzeczywistości. Według Habermasa „pojęcie działania komunikacyjnego zmusza do tego, by podmioty uważać także za mówiących i słuchających, którzy odnoszą się do czegoś w świecie obiektywnym, w świecie społecznym i w świecie subiektywnym, i podnoszą przy tym wzajemne roszczenia do ważności, które mogą być uznane lub kwestionowane”³⁷. Jak komentuje Osika, „światy te przejawiają się w aktach komunikacji poprzez język i odpowiadające mu formy zdaniowe asertoryczne, normatywne bądź ekspresywne. Formy te, pojawiając się w obrębie określonych aktów jako medium umożliwiające dochodzenie do porozumienia, odpowiadają za prezentowanie stanów rzeczy. Odnoszą się do czegoś w świecie obiektywnym, są to konstatywy (zdania asertoryczne)”³⁸. Takie ujęcie rzeczywistości związane jest z perspektywą ogólnej racjonalności – podmioty mogą przyjąć taką perspektywę i przekroczyć swoją sytuacyjność, gdyż istnieją pewne obiektywne dane, na których mogą budować porozumienie.

Wydaje się, że warto w tym miejscu zadać pytanie o praktyczne zastosowanie koncepcji Habermasa. W celu zrozumienia tej kwestii należy zwrócić uwagę na fakt, że w ujęciu habermasowskim polityka kształtowana jest dwutorowo: poprzez formalną, inaczej polityczną, i nieformalną sferę publiczną, nazywaną przez niego społeczeństwem cywilnym³⁹.

Jak podaje James Finlayson, „polityka w sensie formalnym składa się z instytucjonalnych aren komunikacji i dyskursu, które są specjalnie zaprojektowane do podejmowania decyzji”⁴⁰. Do tak rozumianej politycznej sfery publicznej należą „instytucjonalne kompleksy administracji (w tym rządu), sądownictwa i demokratycznego kształtowania opinii i woli (z ciałami parlamentarnymi, wyborami politycznymi, rywalizacją partii itd.)”⁴¹. Z kolei społeczeństwo cywilne wyłania się z „mniej lub bardziej spontanicznie powstających związków, organizacji i ruchów, które przejmują, kondensują i wzmacniają w sferze publicznej rezonans, jaki problemy społeczne znajdują na obszarach życia prywatnego”⁴². Społeczeństwo cywilne tworzy więc szereg podmiotów niedecyzyjnych, od „związków, które reprezentują jasno zdefiniowane interesy grupowe, poprzez zrzeszenia (o rozpoznawalnych celach partyjno-politycznych) i organizacje kulturalne (jak akademie, związki pisarzy, radical professionals itd.) aż po «grupy interesu publicznego» (zainteresowane ochroną środowiska, kontrolą jakości towarów, ochroną zwierząt itd.) i kościoły lub związki charytatywne”⁴³. To co jest jednak najistotniejsze to charakter

³⁷ *Idem, Pojęcie działania komunikacyjnego...*, s. 32.

³⁸ G. Osika, *op. cit.*, s. 127.

³⁹ Por. J.G. Finlayson, *op. cit.*, s. 108.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ J. Habermas, *Faktyczność...*, s. 375.

⁴² *Ibidem*, s. 386.

⁴³ *Ibidem*, s. 376.

stosunku między tymi dwoma strefami. Finlayson opisuje proces nawiązywania relacji między społeczeństwem cywilnym a polityczną sferą publiczną w następujący sposób: „W społeczeństwie cywilnym członkowie wspólnoty politycznej uczestniczą w dyskusie, osiągają zrozumienie, dokonują kompromisów i formułują opinie na temat spraw dotyczących zarówno kwestii szczegółowych, jak i ogólnych. Habermas nazywa to procesem kształtowania woli. W formalnej sferze politycznej z kolei, wyróżnieni przedstawiciele wspólnoty politycznej podejmują decyzje, uchwalają prawa, formułują i wdrażają określoną politykę”⁴⁴. Finlayson podkreśla przy tym fakt, iż „zdrowe instytucje demokratyczne będą dążyć do tworzenia polityk i praw, które są zgodne z dyskursywnie sformułowaną opinią publiczną, a więc które są racjonalne bądź usprawiedliwione”⁴⁵. Można zatem powiedzieć, że autor *Teorii działania komunikacyjnego* dąży do „prawnej instytucjonalizacji publicznego używania rozumu przez suwerennych obywateli”⁴⁶. Owa prawna instytucjonalizacja, komunikacja sfery politycznej i społeczeństwa cywilnego, może przebiegać w różny sposób, na przykład z wykorzystaniem procedury intersubiektywnych konsultacji⁴⁷. W taki właśnie sposób „nieformalne kształtowanie opinii znajduje swój finał w zinstytucjonalizowanych decyzjach wyborczych i rozstrzygnięciach legislacyjnych, poprzez które komunikacyjnie wytwarzana władza przekształca się we władzę, której można użyć w trybie administracyjnym”⁴⁸. Realizacji powyższej wizji związku politycznej sfery publicznej i społeczeństwa cywilnego ma służyć sformułowana przez Habermasa koncepcja legitymizacji prawa, w świetle której „wiązące decyzje, aby były prawowite, muszą być sterowane przez strumienie komunikacyjne, które wpływają z peryferii [tj. społeczeństwa cywilnego – przyp. MW] i przechodzą przez śluzę demokratycznej i praworządnej procedury u wejścia do kompleksu parlamentarnego lub sądów”⁴⁹. Praworządne są więc takie prawa, które odzwierciedlają normy stanowiące efekt dyskursu prowadzonego na płaszczyźnie społeczeństwa cywilnego. Jak ujmuje to Finlayson, „tylko te prawa uznać można za prawowite, co do których wszyscy członkowie wspólnoty prawnej mogliby wyrazić zgodę w dyskursywnym procesie legislacji”⁵⁰. Takie sformułowanie koncepcji legitymizacji prawa dostarcza przy tym odpowiedzi na pytanie, co należy zrobić w sytuacji, gdy społeczeństwo cywilne nie jest w stanie sformułować norm zapewniających społeczne porozumienie – w tym momencie prawo-

⁴⁴ J.G. Finlayson, *op. cit.*, s. 108.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 108–109.

⁴⁶ J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 83.

⁴⁷ A. Honneth, *The Other of Justice: Habermas and The Ethical Challenge of Postmodernism*, [w:] S.K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, s. 303.

⁴⁸ J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 246.

⁴⁹ *Idem*, *Faktyczność...*, s. 377.

⁵⁰ J.G. Finlayson, *op. cit.*, s. 115.

dawca powinien sformułować prawa na możliwie najbardziej generalnych przesłankach, które każdy racjonalnie myślący podmiot byłby w stanie zaakceptować.

Wyżej przedstawiony model ma według Habermasa rozwiązywać wszelkie konflikty społeczne – problemy wynikające z wielokulturowości nie stanowią tutaj wyjątku. Dlatego też niemiecki socjolog twierdzi, iż w demokracji deliberatywnej rozwiązywanie konfliktów wynikających z wielokulturowości „konstytuuje się jedynie poprzez negatywną ideę usuwania dyskryminacji i cierpienia, a także uwzględniania zmarginalizowanych grup i jednostek poprzez włączanie ich w obręb stosunków polegających na wzajemnym respekcie”⁵¹. Habermas jest wszakże świadom, iż powszechna globalizacja „stawia nas wobec problemów, których nie można już rozwiązywać w ramach państw narodowych, ani na utartej drodze ustaleń między suwerennymi państwami. Jeśli nie zachodzi jakaś wielka pomyłka, erozja suwerenności państw narodowych będzie postępować i uczyni koniecznym budowanie i rozbudowywanie zdolności działania politycznego na płaszczyźnie ponadnarodowej, który to proces już w jego początkach obserwujemy. W Europie, Ameryce Północnej i Azji wykształcają się ponadpaństwowe formy organizacyjne dla porządku kontynentalnego, które mogłyby dostarczyć potrzebnej infrastruktury dość dzisiaj jeszcze nieefektywnej Organizacji Narodów Zjednoczonych”⁵², przy czym celem tego procesu jest „ulepszenie ram instytucjonalnych dla polityki praw człowieka”⁵³. Można więc powiedzieć, że międzynarodowa infrastruktura instytucjonalna ma służyć do zagwarantowania tych samych warunków, które stanowią wymogi udanej deliberacji. Wydaje się zatem, że niemiecki filozof nie przewiduje specjalnych metod dla rozwiązywania sporów wielokulturowych, sugerując, że wystarczające będzie zapewnienie podmiotom równej pozycji. Uzyskawszy taki stan rzeczy, polityczna sfera publiczna powinna odzwierciedlać normy i kompromisy zawarte na płaszczyźnie społeczeństwa cywilnego. Z kolei na poziomie międzynarodowym receptą Habermasa jest stworzenie infrastruktury umożliwiającej wykształcenie się wolnych, opartych na zasadzie równości i szacunku społeczeństw cywilnych i instytucji politycznych, które będą instytucjonalizowały rezultaty procesu ich wzajemnego porozumienia się.

Należy przy tym zaznaczyć, że autor *Faktyczności i obowiązywania* podnosi, iż jego teoria komunikacji stanowi pewien idealizacyjny model i co do zasady ma charakter regulatywny⁵⁴ – wskazuje pewną wzorcową sytuację wyznaczającą schemat działania podmiotów prowadzący do porozumienia. Jednakże fakt, że dana idea czy teoria ma charakter regulatywny, nie chroni jej przed krytyką polegającą na wskazaniu, że jako środek mający prowadzić do określonego celu cechuje się niską skutecznością. Należy również

⁵¹ J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 9–10.

⁵² *Ibidem*, s. 114.

⁵³ *Ibidem*, s. 188.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 299–300.

zaznaczyć, że Habermasowska teoria komunikacji, choć najczęściej omawiana jest w kontekście sporów wewnątrzpaństwowych⁵⁵, znajduje również uzasadnione zastosowanie w kontekście szeroko ujmowanego problemu dialogu międzykulturowego – zgodnie z istotą deliberacji punktem wyjścia nie jest bowiem jakaś metafizyczna jedność, wspólnotowa całość, lecz liczne zazębiające się dyskursy.

3. Krytyka Habermasa w świetle neopragmatyzmu Stanleya Fisha

Koncepcja Habermasa na pierwszy rzut oka może nie budzić zastrzeżeń, jednakże po analizie jej założeń widoczne stają się słabości, które jej towarzyszą; ich wydobyciu na światło dzienne posłużyć może myśl amerykańskiego neopragmatysty, Stanleya Fisha. Filozofia Fisha stanowi kontynuację pragmatyzmu, nurtu myślowego z przełomu XIX i XX wieku, który uważany jest za pierwszą, przez co niejako narodową, amerykańską myśl filozoficzną. Jego cechami charakterystycznymi jest założeniowy pluralizm, swoista koncepcja prawdy oraz zaakcentowanie roli praktyki w kontekście wszelkiej działalności teoretycznej. Za jego twórcę uchodzi Charles Sanders Peirce, a do głównych przedstawicieli tego nurtu można zaliczyć kolejno Williama Jamesa oraz Johna Deweya. Współczesną kontynuację pragmatyzmu, określaną neopragmatyzmem, stanowią prace myślicieli takich jak Hilary Putnam, Robert Brandom, a także Richard Rorty oraz omawiany Stanley Fish. Sam neopragmatyzm jawi się przy tym jako nurt niejednolity – Putnam i Brandom często sięgają do dokonań filozofii analitycznej, podczas gdy Rorty i Fish inspiracje czerpią raczej z filozofii kontynentalnej.

Kluczowa w myśli Fisha jest koncepcja wspólnoty interpretacyjnej. Jak pisze Stanisław Wójtowicz, wspólnota interpretacyjna to „zestaw presupozycji interpretacyjnych, które sprawiają, że podmiot interpretuje tekst w określony sposób. Uczestnictwo w określonych kulturowych przedsięwzięciach prowadzi do interioryzacji presupozycji interpretacyjnych z tym przedsięwzięciem związanych; podmiot, który zinterioryzował odpowiednie presupozycje, będzie rozumiał dane teksty w ten sam sposób co inni uczestnicy tego przedsięwzięcia”⁵⁶. Wspólnota interpretacyjna nie jest więc określoną grupą ludzi, lecz pewnym sposobem postrzegania rzeczywistości, wynikającym z określonego zbioru praktyk, w którym podmiot jest zakorzeniony i który determinuje proces poznawczy⁵⁷; wspólnota ta wyznacza katalog założeń, przez pryzmat których podmiot patrzy na świat. Wspólnoty interpretacyjne bywają określane również jako „formy spo-

⁵⁵ Por. M. Żardecka-Nowak, *op. cit.*, s. 39–40.

⁵⁶ S. Wójtowicz, *Neopragmatyzm Stanleya Fisha a polskie spory o kształt literaturoznawstwa po 1989 roku*, Nauka i Innowacje, Poznań 2014, s. 41.

⁵⁷ S. Fish, *Profesjonalna poprawność. Badania literackie a polityczna zmiana*, S. Wójtowicz (tłum.), PTPN, Poznań 2012, s. 29.

łecznie zorganizowanego działania”⁵⁸, w które jesteśmy zaangażowani, a które narzucają nam określony sposób interpretacji rzeczywistości. Takie spojrzenie na charakter relacji między praktyką a perspektywą poznawczą wynikać może z przyjęcia i specyficznej interpretacji tzw. pragmatycznej koncepcji znaczenia, zgodnie z którą należy rozważyć, „jakie praktyczne skutki może pociągnąć za sobą przedmiot naszej myśli, i te właśnie skutki będą stanowić treść pojęcia”⁵⁹. Właśnie na podstawie tej koncepcji znaczenia Fish wydaje się *implicite* wyprowadzać istotne konsekwencje. Pierwszą z nich jest pogląd, że sposób, w jaki zachodzi dany proces sygnifikacji, wynika ze zbioru praktyk, w których podmiot interpretujący jest zakorzeniony. Jest tak, gdyż to, jakie „praktyczne skutki” przypisujemy danemu przedmiotowi naszej myśli, jest ściśle wyznaczone przez to, w jakich praktykach sami jesteśmy zakorzenieni. Z ujęciem tym wiąże się druga kwestia – przyjęcie pragmatycznej definicji znaczenia powoduje, iż sam proces interpretacji traci swą aurę swobody i arbitralności. Trzecią konsekwencją jest założenie, że znaczenie nigdy nie jest czymś zastanym, uprzednim względem dokonywanej przez podmiot interpretacji, lecz stanowi jej efekt końcowy.

Ze wspólnotami interpretacyjnymi wiąże się również kwestia statusu przekonań podmiotu interpretującego. Według Fisha przekonania te są immanentnie wprężone w proces poznawczy – to one składają się na owe presupozycje interpretacyjne, które determinują proces poznawczy. Natura przekonań nie ma jednak nic wspólnego z arbitralnością – są one ściśle wyznaczone przez zbiór praktyk, do których podmiot przynależy⁶⁰. Są one przy tym konstytutywnym elementem procesu interpretacji, co Fish wyraża w stwierdzeniu, że „przekonania nie są tym, o czym myślimy, lecz tym, za pomocą czego myślimy, i to wewnątrz przestrzeni dostarczonej przez ich artykulację aktywność umysłu [...] zachodzi”⁶¹. Dlatego też według Fisha nie jest możliwe takie działanie, w które byśmy nie angażowali swoich przekonań czy wartościowań⁶², gdyż dla naszych procesów intelektualnych w pierwszej kolejności stanowią one matrycę, a nie przedmiot. Tezę tę Fish podbudowuje koncepcją usytuowania podmiotu, stwierdzając, że „po-nura to przepowiednia, fundamentalistyczny koszmar, w którym wyzwolona jaźń poczy-na sobie bez ograniczeń, sądząc i robiąc, co tylko zechce; jednak jest to także przejaw niezrozumienia jednej z kluczowych zasad antyfundamentalizmu, postulatu sytuacyjno-ści. Jaźń usytuowana to jaźń, której każde działanie jest funkcją konwencjonalnych roz-wiązań, wbudowanych w taki czy inny kontekst. Zamiast wykorzeniać podmiot [...] an-

⁵⁸ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka: eseje wybrane*, A. Szahaj (red.), Kraków 2008, s. 304.

⁵⁹ C.S. Peirce, *Wybór pism semiotycznych*, H. Buczyńska-Garewicz (red.), Polskie Towarzystwo Semiotyczne, Warszawa 1997, s. 81.

⁶⁰ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 78–79.

⁶¹ *Ibidem*, s. 340.

⁶² *Ibidem*, s. 77.

tyfundamentalizm ukazuje podmiot jako zawsze i od razu przypisany do miejscowych czy społecznych norm i standardów, które go tworzą i umożliwiają mu racjonalne działanie. Podmiot taki można określić na wiele sposobów, jako: pewny, [będący] w rozterce, rozdarty, spokojny, zagubiony, przekonany. Ale na pewno nie jako wolny w formowaniu własnych osobnych przekonań, bez ograniczeń systemowych⁶³. Podmiot nigdy nie funkcjonuje więc bez żadnych ograniczeń, zawsze jest jakoś usytuowany, co oznacza, że „każde działanie jest funkcją konwencjonalnych rozwiązań, wbudowanych w taki czy inny kontekst”⁶⁴, a sam podmiot jest „zawsze i od razu przypisany do miejscowych czy społecznych norm i standardów”⁶⁵. Ujmując podmiot w ten sposób, Fish godzi w podstawy teorii działania komunikacyjnego, które zakładają nie tylko możliwość, lecz wręcz konieczność zdystansowania się do własnych przekonań, by osiągnąć porozumienie. Fish pisze w tym kontekście o transcendentálnych założeniach w Habermasowskiej wizji podmiotu⁶⁶. Na tej podstawie amerykański neopragmatysta wnosi, że przypisywanie działaniu komunikacyjnemu funkcji polegającej na umożliwieniu wyjścia z owej „sytuacyjności” oparte jest na błędnych przesłankach.

Należy zatem uznać, że proponowany przez Fisha konwencjonalizm⁶⁷ interpretacyjny, który kryje się za koncepcją wspólnot interpretacyjnych, z jednej strony dystansuje się od anarchistycznego relatywizmu, z drugiej odrzuca uniwersalistyczny obiektywizm; pozwala twierdzić, że znaczenia nie są ani obiektywnie ustalone, ani nie są dowolnie kreowane. Fish, krocząc pewnie pomiędzy tymi dwoma stanowiskami, z całym przekonaniem stwierdza, iż fakt, że nasz świat jest efektem konwencjonalnego postrzegania, wcale nie sprawia, że staje się przez to mniej realny; tym bardziej nie oznacza, że jest on czymś, co możemy dowolnie przekroczyć. Jak stwierdza, „w ujęciu, które proponuję, zawsze osiągalna jest jednoznaczność i rozstrzygalność, wszakże dzieje się tak nie dzięki ograniczeniom nakładanym przez język bądź przez świat – a więc bytom niezależnym od kontekstu – ale dzięki okolicznościom wbudowanym w kontekst lub konteksty, w jakich działamy. Zgodnie z tytułem, obieram zatem podwójną strategię. Będę bronić tego, co normalne, zwykłe, dosłowne, oczywiste i tak dalej, lecz nie jako własności bezkontekstowego języka czy też niezależnego świata, ale jako wytworów

⁶³ *Ibidem*, s. 366–367.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 366.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 367.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 404.

⁶⁷ Filozofię Fisha należałoby określać właśnie mianem konwencjonalistycznej, by odciąć ją od skojarzeń z konstruktywizmem społecznym, który wydaje się sugerować, że skoro rzeczywistość społeczna jest jedynie ludzkim konstruktem, to nie powinna ona (przynajmniej w takim jak obecnie stopniu) determinować ludzkich zachowań. Fish, mimo przekonania o przygodnym pochodzeniu rzeczywistości, odcina się od poglądu, że takie ujęcie źródeł kultury godzi w moc i siłę jej obowiązywania. Por. A. Szahaj, *Zniewalająca moc kultury*, wstęp do: S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 15–16.

okoliczności związanych z kontekstem czy interpretacją”⁶⁸. Mimo obiegowych opinii deprecjonujących siłę konwencji względem natury w świetle ujęcia Fisha konwencja również jest „twardym gruntem” i nie dopuszcza tak łatwo arbitralności czy możliwości odstąpienia od niej. W tym objawia się, używając określenia Andrzeja Szahaja, „zniewalająca moc kultury”. Dlatego też każda wspólnota interpretacyjna, poprzez konstytuowanie określonych konwencji, jawi się jako odrębny, autonomiczny świat, dzięki czemu prawda, mimo konwencjonalnego charakteru, wciąż „jest przeciwieństwem tego, co niestabilne”⁶⁹. Jeśli bowiem zbiór praktyk, w których podmiot jest zakorzeniony, determinuje jego świadomość, to należy odrzucić zarówno obiektywizm interpretacyjny, jak i jego przeciwieństwo w postaci anarchizującego subiektywizmu, który nie uwzględnia faktu, że wewnątrz podmiotu konstytuowane jest przez czynnik z jednej strony co prawda lokalny, z drugiej jednak posiadający charakter bezsprzecznie intersubiektywny.

Dla problemu wielokulturowości i jej habermasowskiego opracowania kluczową konsekwencją koncepcji wspólnot interpretacyjnych jest tzw. antyteoretyzm. Jak podaje Michael Robertson, „ortodoksyjne mówienie o teorii bazuje na trzech twierdzeniach. Pierwsze zakłada, że teoria pozwala nam przekraczać granice kontekstów, w których się urodziliśmy i ukształtowaliśmy. Teoria umożliwia nam osiągnięcie perspektywy, która nie jest zakorzeniona w jakimś lokalnym systemie przekonań czy wartości, a więc otwiera nas na zasady, wartości i normy które są uniwersalne i/lub neutralne [...]. Drugie twierdzenie mówi, że nasze codzienne praktyki zakładają jakąś teorię”⁷⁰. Twierdzenie drugie zakłada, że w gruncie rzeczy u podstaw naszego działania leży jakaś teoria, która kieruje wszelkimi naszymi poczynaniami. Z kolei trzecie twierdzenie teoretyzmu mówi, że „teoria posiada szczególne znaczenie w reformowaniu codziennych praktyk, które realizujemy”⁷¹. Teoretyzm przypisuje więc teorii szczególną moc oddziaływania na praktykę ludzką. Antyteoretyzm Fisha polega na odrzuceniu wyżej wymienionych twierdzeń, a więc przyjęciu założenia, że „teoria nie ma żadnych konsekwencji”⁷². Uważa on, że na płaszczyźnie teoretycznej nie może zaistnieć nic, co miałyby jakąkolwiek siłę sprawczą, co jakkolwiek przekładałoby się na ludzką sferę życia; neguje więc możliwość „zewnątrznego” sterowania procesem interpretacji. Odrzuca zatem perspektywę zaproponowaną przez Habermasa, w świetle której konsensus musi zaistnieć na płaszczyźnie teoretycznej jako wolnej od relacji podporządkowania i umożliwiającej zdystansowanie się od swojej sytuacyjności. Antyteoretyczne nastawienie Fisha jest skut-

⁶⁸ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 29.

⁶⁹ W. James, *Znaczenie prawdy. Ciąg dalszy Pragmatyzmu*, M. Szczubiałka (tłum.), KR, Warszawa 2000, s. 69.

⁷⁰ M. Robertson, *Stanley Fish on Philosophy, Politics and Law: How Fish Works*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 48–49.

⁷¹ *Ibidem*, s. 49.

⁷² S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 156.

kiem tego, w jaki sposób amerykański filozof postrzega usytuowanie człowieka względem świata. Według niego podmiot zawsze i od samego początku przypisany jest do norm i standardów lokalnych, które go konstytuują – praktyki, w które jest zaangażowany determinują zespół jego przekonań. Według Szahaja „w myśl tego stanowiska nie możemy wyskoczyć z naszej «kulturowej skóry», stanąć niejako obok nas samych i spojrzeć na nas z zewnątrz [...], nie możemy zdobyć się na spojrzenie znikąd, na całkowity obiektywizm w widzeniu oraz ocenianiu tego, co wokół nas”⁷³. Taki stan rzeczy jest jednocześnie dla Fisha podstawą twierdzenia, że wszelka teoria jest przedsięwzięciem beznadziejnym, albowiem chcąc ją sformułować, trzeba wyjść poza obszar lokalnych przekonań i poddać je nieuprzedzonemu oglądowi, co jest niewykonalne, bo „nie ma pojęć i kategorii, które z tego obszaru by nie pochodziły”⁷⁴. Według amerykańskiego filozofa „przyznawanie teorii takiej władzy jest po prostu jeszcze jedną wersją wyobrażenia, według którego rewizję założeń wywołuje we wspólnocie jakiś niezależny czynnik”⁷⁵. Fish uważa bowiem, że żadna teoria nie jest w stanie wymusić zmiany, jeśli jej załączki, gotowość na zmianę w tym kierunku, nie jest już zastaną cechą danej wspólnoty interpretacyjnej – „czynnik zmiany już musi być elementem obszaru, który zmienia”⁷⁶. Uzasadnia to stwierdzeniem, że „różnice pomiędzy sposobami myślenia (formami przekonań) muszą być charakteryzowane jako różnica pomiędzy strukturami, które są odmiennie zamknięte; wynika z tego, że nie można nikogo skłonić do stania się bardziej elastycznym lub żywym w swym myśleniu; elastyczność czy otwartość nie są możliwym sposobem poznawczego postępowania istot ludzkich”⁷⁷, lecz są zakorzenione w konkretnych wspólnotach interpretacyjnych. Powyższa wypowiedź ukazuje, w jaki sposób antyteoryzm wiąże się z opisem relacji, jaka zachodzi między poszczególnymi wspólnotami interpretacyjnymi – Fish daje tu bowiem wyraz przekonaniu, że teoria nie stanowi uprzywilejowanej płaszczyzny, którą można by uznać za efektywny pomost łączący dwie różne wspólnoty interpretacyjne. Według Fisha „teoria jest formą praktyki równie zakorzenioną w konkretnych historycznych i kulturowych warunkach jak każda inna [praktyka], i jak w każdym innym przypadku, zakresu, w jakim jej prezentacja wywoła bądź nie wywoła zmiany, drobnej czy większej, nie można określić z góry”⁷⁸. Na podstawie powyższych uwag amerykański neopragmatysta dochodzi do wniosku, że „teoria jako sposób przekształcenia praktyki przez zneutralizowanie interesów, przez zastąpienie ja-

⁷³ A. Szahaj, *Zniewalająca moc kultury: artykuły i szkice z filozofii kultury, poznania i polityki*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2004, s. 180.

⁷⁴ Cyt. za A. Burzyńska, M.P. Markowski, *Teorie literatury XX wieku*, Znak, Kraków 2007, s. 489.

⁷⁵ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 268.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 159.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 270.

kiejś zaściankowej perspektywy [...] perspektywą ogólnej racjonalności”⁷⁹ jest niemożliwa. Z tego punktu widzenia koncepcja Habermasa bazuje na nieadekwatnej charakterystyce relacji między teorią a praktyką – istotą teorii działania komunikacyjnego jest bowiem postulat kształtowania praktyk poprzez dokonanie odpowiednich ustaleń na płaszczyźnie teoretycznej. Fish poddaje krytyce również teoretyczną podstawę koncepcji racjonalności komunikacyjnej w postaci Uniwersalnej Pragmatyki⁸⁰. Jednym z założeń Uniwersalnej Pragmatyki jest rozróżnienie na „instytucjonalnie związane akty mowy” oraz „akty mowy instytucjonalnie niezwiązane”⁸¹, a więc, jak pisze Fish, zrozumiałe bez odnoszenia się do jakiegoś instytucjonalnego kontekstu⁸², których odniesieniem przedmiotowym jest więc stan rzeczy niewymagający odwołania się do odrębnej aparatury teoretycznej. Niemiecki teoretyk czyni powyższe rozróżnienie podstawą swej teorii komunikacji, przyjmując, że deliberacja powinna opierać się właśnie na niezwiązanych instytucjonalnie aktach mowy⁸³, które uzasadniają istnienie wymogu zdystansowania się względem własnej sytuacyjności. Zaproponowane przez Uniwersalną Pragmatykę rozróżnienie prowadzi również do nowego zagadnienia, a mianowicie problemu relacji zachodzącej między rzeczywistością a językiem. Według Habermasa dostęp do aktów mowy „instytucjonalnie nieograniczonych”, umożliwiających formułowanie roszczeń o uniwersalnej ważności, a więc takich, które stanowią podstawę porozumienia w habermasowskiej koncepcji deliberacji, można osiągnąć dzięki krytycznej autorefleksji⁸⁴. Jej przedmiotem nie jest wszakże, jak u Kanta, świadomość, lecz sam język – jak twierdzi autor *Faktyczności i obowiązywania*, „transcendentalna krytyka języka zastępuje krytykę świadomości”⁸⁵. To właśnie ta krytyka ma pozwolić człowiekowi przekroczyć swą sytuacyjność, czyli, w świetle teorii działania komunikacyjnego, ma umożliwić człowiekowi osiągnięcie bezinteresowności i zdystansowanie się od własnych przekonań, a w konsekwencji doprowadzić do porozumienia. Sam Habermas przywołuje w tym kontekście pogląd Josepha Raza, iż w tym celu „członkowie wszystkich grup kulturowych muszą sobie przyswoić wspólny język polityczny”⁸⁶. Według amerykańskiego neopragmatysty pojawia się tutaj problem, który „polega na znalezieniu jakichś [aktów instytucjonalnie nieograniczonych], i jedyny kierunek, jaki wskazuje niemiecki socjolog, to: «rozpocząć od konkretnych aktów mowy osadzonych w specyficznym kontek-

⁷⁹ *Ibidem*, s. 330.

⁸⁰ J. Habermas, *What Is Universal Pragmatics?*, [w:] *idem, Communication and the Evolution of Society*, Beacon Press, Boston 1979. Co do roli, jaką Uniwersalna Pragmatyka pełni względem racjonalności komunikacyjnej i teorii działania komunikacyjnego, zob. J.G. Finlayson, *op. cit.*, s. XIX.

⁸¹ *Ibidem*, s. 60.

⁸² S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 403.

⁸³ J. Habermas, *What Is Universal Pragmatics...*, s. 40.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 66.

⁸⁵ Cyt. za: S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 400.

⁸⁶ Cyt. za: J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 150.

ście i wtedy zlekceważyć wszystkie aspekty, jakie te wypowiedzi zawdzięczają swym funkcjom pragmatycznym»⁸⁷. Niemniej, dla Fisha jest to cel nie do zrealizowania, gdyż centralne w jego filozofii jest twierdzenie, iż wszystkie aspekty wypowiedzi zależą od funkcji pragmatycznych. Jest to zresztą charakterystyczny rys całego neopragmatyzmu, gdyż podobny pogląd zawiera twierdzenie Roberta Brandoma, iż semantyka nabudowana jest na pragmatyce⁸⁸. Co więcej, według Fisha projekt krytycznej świadomości, której celem jest oczyszczenie języka z instytucjonalnych zanieczyszczeń, dąży do celu, którym jest „urzeczywistnienie społeczeństwa, w którym komunikacja i percepcja nie są dłużej zakłócane przez niezbadane – i dlatego niekwestionowane – kategorie, w obrębie których toczy się obecnie życie”⁸⁹. Powyższe ujęcie zbliża niemieckiego teoretyka do paradygmatu neopozytywistycznego, który zakłada, że istnieje możliwość sformułowania takich zdań (zdań obserwacyjnych), które referują rzeczywistość taką, jaka jest, „są tym, co łączy język [...] z realnym światem”⁹⁰ – odzwierciedlają czyste fakty rozumiane jako podstawowe elementy rzeczywistości. Można więc powiedzieć, że zarówno pozytywizm, jak i habermasowska teoria deliberacji zakładają możliwość osiągnięcia pewnej niezapośredniczonej perspektywy, którą Rorty określa mianem boskiego punktu widzenia⁹¹ – obie koncepcje zakładają możliwość przekroczenia sytuacyjności i wynikających z niej konfliktów poprzez odwołanie się do faktów. Fish odrzuca takie podejście jako skrajnie idealistyczne, stwierdzając, że podmioty poznające zawsze „operują wewnątrz jakiegoś «interpretacyjnego stanowiska»”⁹². W pierwszym rzędzie amerykański neopragmatysta sprzeciwia się stanowisku, zgodnie z którym „fakty istnieją jako coś ewidentnego i że niezgodności winny być rozwiązywane przez odwołanie się do faktów, takich jakimi one są [gdyż – MW] niezgodności nie mogą zostać rozwiązane przez odniesienie do faktów, ponieważ fakty pojawiają się jedynie w kontekście jakiegoś punktu widzenia”⁹³. Na poparcie swej tezy odrzucającej ewidentność i obiektywność faktów stwierdza, że „słowniki dyscyplin nie są czymś zewnętrznym względem obiektów, które dyscypliny te badają, ale są dla nich konstytutywne. Jeśli usuniemy je na rzecz słownika innej dyscypliny, to utracimy obiekt, który powołują one do istnienia”⁹⁴. Innymi słowy, kryteria prawdziwości, mające orzekać o tym, co jest faktem, a co nim nie jest, nie mają charakteru uniwersalnego, lecz są zawsze zakorzenione w wytworzonym na

⁸⁷ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 403.

⁸⁸ Por. T. Szubka, *Neopragmatyzm*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2012, s. 230.

⁸⁹ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 393.

⁹⁰ W.V.O. Quine, *Na tropach prawdy*, B. Stanosz (tłum.), Spacja, Warszawa 1997, s. 21.

⁹¹ R. Rorty, *Nadzieja zamiast wiedzy: pewna wersja pragmatyzmu*, [w:] *idem, Filozofia a nadzieja na lepsze społeczeństwo*, J. Grygieńć, S. Tokariew (tłum.), Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2013, s. 111.

⁹² S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 380.

⁹³ *Ibidem*, s. 99.

⁹⁴ S. Fish, *Profesjonalna poprawność...*, s. 84.

danej pragmatyce aparacie terminologicznym przynależnym określonej wspólnocie interpretacyjnej. Pogląd ten, choć kontrowersyjny, jest radykalizacją Quine'owskiej tezy, zgodnie z którą „wszystkie zdania [...] są obciążone teorią”⁹⁵. Na tej podstawie dochodzi do wniosku, że koncepcja racjonalności komunikacyjnej, która byłaby płaszczyzną uniwersalną i *de facto* obiektywną, wikała się w aporie, których nie jest w stanie rozwiązać. Kolejną z takich aporii jest według Fisha przekonanie stanowiące fundament racjonalności komunikacyjnej – uświadomienie sobie, że to, co uchodzi za prawdę jest społecznie i historycznie skonstruowane, może prowadzić do wyzwolenia, przekroczenia granic sytuacyjności⁹⁶. Świadomość umiejscowienia umożliwiałaby tym samym oczyszczenie języka, dzięki czemu podmiot mógłby osiągnąć perspektywę bezinteresowności stanowiącej warunek konsensusu. Jednakże według Fisha również nasza wiedza o naszym zakorzenieniu cechuje się taką samą sytuacyjnością jak wszelkie poglądy uznawane w społeczeństwie za prawdę, nie ma więc w niej nic, dzięki czemu mogłaby ona prowadzić do przekroczenia sytuacyjności, do przyjęcia bezinteresownego, neutralnego, czyli *de facto* boskiego punktu widzenia.

W tym kontekście Fish zwraca uwagę na samo pojęcie bezinteresowności. Twierdzi on, że „precyzowanie, co jest, a co nie jest «bezzstronnym sposobem», jest samo w sobie działaniem «interesownym», to jest działaniem wykonywanym w obrębie pewnego zbioru założeń odnoszących się do tego, co jest, a co nie jest materiałem dowodowym i co jest, a co nie jest kryterium osądu, to znaczy działaniem wyznaczonym przez, i nierozzerwalnie związanym z jakimś stroniczym obrazem świata”⁹⁷. Innymi słowy, jeśli każde nasze przekonanie wynika z naszego usytuowania w zbiorze praktyk, to twierdzenie, że pewne przekonania mają charakter bezinteresowny, jest wyłącznie retoryką mającą podnieść ich wartość, siłę oddziaływania *etc.* Wydaje się więc, że bezinteresowność, a więc to, co jest warunkiem koniecznym teorii konsensusu u Habermasa, nie jest obiektywną cechą danych przekonań, lecz efektem uznania danej wspólnoty interpretacyjnej. Z kolei uznanie pewnych poglądów za bezinteresowne można potraktować jako środek mający wymusić ich akceptację przez podmioty należące do innych wspólnot interpretacyjnych. To wszakże sprawia, że uznanie bezinteresowności za warunek osiągnięcia porozumienia międzykulturowego jest zupełnie chybione. Znamienne wydaje się w tym kontekście stwierdzenie Zygmunta Ziemińskiego, że „w ujęciu marksizmu pełna dominacja jednej klasy nad innymi polega na tym, że klasa ta nie tylko panuje politycznie, [...] ale także osiąga panowanie ideologiczne, polegające na urobieniu powszechnego przekonania, że dogodny dla danej klasy układ stosunków jest sprawiedli-

⁹⁵ W.V.O. Quine, *op. cit.*, s. 23.

⁹⁶ S. Fish, *Profesjonalna poprawność...*, s. 99.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 383.

wy i słuszny moralnie. W wyniku tego często moralność klasy panującej staje się moralnością panującą w danym społeczeństwie, moralnością powszechnie deklarowaną i oficjalnie uznawaną⁹⁸. Tym samym, w świetle paradygmatu marksistowskiego, moralnością powszechną staje się moralność klasy panującej. Jednakże w społeczeństwach liberalnych, wbrew temu, co (według Ziemińskiego) głosi teoria marksistowska, moralność ta nie jest zwykle powszechnie deklarowana – co więcej, w ogóle przestaje być postrzegana jako moralność. W społeczeństwach liberalnych normy moralne, wyrosłe z podłoża o charakterze silnie aksjologicznym, zostają przesunięte w przestrzeń „neutralną światopoglądowo”, dzięki czemu w mniej problematyczny sposób mogą sobie rościć prawo do powszechnego obowiązywania. Moralność „klasy panującej” staje się w wyniku tego działaniem czymś, co można by nazwać „moralnością ukrytą”, chowającą się pod płaszczem neutralności. Na mechanizm ten wskazywał w kontekście wolnego rynku Michael Sandel w swym tekście *Czego nie można kupić za pieniądze*, gdzie stwierdził: „Ekonomiści często zakładają, że rynek jest obojętny, że nie wpływa na towary podlegające wymianie. Ale tak nie jest. Rynki zostawiają ślad. Czasem nawet wartości rynkowe wypierają wartości nierynkowe, które zasługują na troskę⁹⁹”.

Powyższe uwagi miały na celu wzmocnić twierdzenie Fisha o fundamentalnej niemożliwości działania bezinteresownego czy też neutralnego, które sprowadzone zostaje przez amerykańskiego neopragmatystę do konsekwencji pewnej założonej przez Habermasa antropologii opartej na koncepcji podmiotu transcendentального, potrafiącego myśleć niezależnie od jakichkolwiek przekonań i którego wnętrze jest czymś *de facto quasi-boskim*, wykraczającym poza rzeczywistość empiryczną¹⁰⁰. W ten sposób Fish pośrednio podaje antropologiczno-epistemologiczny argument przemawiający za tym, że nie ma sensu mówić ani o jakiejś obiektywnej, niezależnej od kontekstu bezinteresowności, ani o aktach mowy instytucjonalnie nieograniczonych. Przytoczona argumentacja dosięga również innego wymogu Habermasa, a mianowicie, by interes lokalny zastąpić interesem wspólnym. Według Fisha to, co jest interesem wspólnym, nie jest obiektywne, gdyż każda wspólnota interpretacyjna postrzega interes wspólny inaczej, a my nie posiadamy żadnych kryteriów nie pochodzących z takiej czy innej wspólnoty. Co więcej, przekonania nie są czymś, co można dowolnie zmieniać – „nie można zdystansować się od własnych przekonań i założeń tak, aby w rezultacie stały się one dla nas nie bardziej autorytatywne niż przekonania i założenia posiadane przez innych¹⁰¹”. Fish twierdzi co prawda, że zawsze możliwe jest rozważenie przekonań i opinii innych

⁹⁸ Z. Ziemiński, *Podstawy nauki o moralności*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1981, s. 10.

⁹⁹ M. Sandel, *Czego nie można kupić za pieniądze*, A. Chromik, T. Sikora (tłum.), Kurhaus Publishing, Warszawa 2012, s. 43.

¹⁰⁰ S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka...*, s. 404.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 126–127.

niż nasze, ale będą one właśnie tak postrzegane – jako przekonania i opinie „inne niż nasze własne, a w takim razie jako fałszywe, bądź jako błędne, stronnicze, niedojrzałe, czy też absurdalne”¹⁰². Pogląd ten wiązać można z pragmatycznym ujęciem prawdy, zgodnie z którą za prawdziwe uznajemy to, co nie wprowadza dysonansu w zbiorze naszych przekonań¹⁰³. Za niemożnością zastąpienia interesu lokalnego interesem wspólnym przemawiają również wcześniej poczynione uwagi dotyczące statusu teorii i pojęcia bezinteresowności. Konsekwencją argumentacji Fisha jest twierdzenie, że rozum komunikacyjny nie tylko nie zapewnia większej zgodności pomiędzy stronami niż ta, którą już zastał, lecz że w gruncie rzeczy między nim a rozumem instrumentalnym czy strategicznym nie zachodzi żadna większa różnica jakościowa. Filozofię amerykańskiego neopragmatysty można interpretować więc jako metateorię dostarczającą krytycznych argumentów przeciw tezie, iż konflikty wynikające z wielokulturowości mogą być rozwiązane na płaszczyźnie teoretycznej, a sfera praktyk, w których strony owego konfliktu są zakorzenione, jedynie za nią podąża. Godzi tym samym w tezę Habermasa, iż konflikty wynikające z wielokulturowości mogą być skutecznie rozwiązywane za pomocą deliberacji i wiążących się z nią reguł, a rola prawodawcy powinna ograniczać się do odzwierciedlania porozumień zawieranych na płaszczyźnie społeczeństwa cywilnego. Jednakże biorąc pod uwagę pragmatyczną podstawę filozofii Fisha, można dopuścić możliwość wyprowadzenia z niej warunków koniecznych do zażegnania konfliktu wielokulturowego. Dokonać by się to musiało poprzez wytworzenie przez zwaśnione strony wspólnych praktyk, bądź też – narzucenie ich. W tym momencie filozofia Fisha stanowiłaby odwrotność tezy niemieckiego socjologa – w świetle tego ujęcia organy polityczne powinny wykazywać się jak największą aktywnością, a ich roli nie można sprowadzić jedynie do odtwarzania, instytucjonalizowania i implementowania rezultatów oddolnych procesów, lecz trzeba ją rozciągnąć na angażowanie zwaśnionych stron we wspólny zbiór praktyk. Wspólnota praktyk byłaby więc w ujęciu Fisha warunkiem koniecznym wszelkiego porozumienia, a w kontekście międzynarodowym oznaczałoby to, że zażegnanie konfliktu międzykulturowego wymaga, by strony upodobniły się do siebie pod względem gospodarczym, edukacyjnym, politycznym, religijnym bądź też innym równie istotnym. Różnice obu ujęć są wyraźne, gdyż kosztem ujęcia wyprowadzonego z filozofii Fisha jest neutralizacja pluralizmu, ujednoclenie społeczeństwa, mniejsza lub większa utrata starej tożsamości przez którąś ze stron, a jest to całkowicie sprzeczne z celem Habermasa, polegającym na „nie niwelującym i nie anektującym włączaniu Innego w jego inności”¹⁰⁴.

¹⁰² *Ibidem*, s. 390.

¹⁰³ W. James, *Pragmatyzm*, M. Filipczuk (tłum.), Zielona Sowa, Kraków 2004, s. 32.

¹⁰⁴ J. Habermas, *Uwzględniając Innego...*, s. 52.

4. Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, iż problem dialogu międzykulturowego stanowi wyzwanie dla człowieka współczesnego, i to wyzwanie nie hipotetyczne, lecz jak najbardziej realne. Koncepcja Habermasa z pewnością oferuje pewne narzędzia, obiecując, że ich zastosowanie pozwoli osiągnąć porozumienie między zwaśnionymi stronami. Mimo jej oczywistych niedoskonałości wynikających z idealizacyjnego charakteru można zapytać – a czy mamy coś lepszego? Czy mamy lepsze narzędzie...? Pytanie to jednak nie powinno zwalniać z refleksji nad sensownością podejmowanych działań, nad sensownością wiary w sprawczą moc czystej deliberacji. Posiada ona bowiem ułomności immanentne dla jej natury; ułomności, które pozostają w ukryciu w toku codziennych praktyk, a które to ułomności, ograniczenia filozofia Fisha wydobywa na światło dzienne. Robi to poprzez wprowadzenie pojęcia wspólnoty interpretacyjnej, która tłumaczy status człowieka w rzeczywistości dyskursywnej od strony pragmatycznej, określa charakter przekonań oraz implikuje twierdzenie, że teoria jest jedynie epifenomenem zbioru praktyk, w których podmiot jest zakorzeniony. Przyjęcie twierdzeń formułowanych przez Fisha zmusza do uznania, że porozumienie międzykulturowe nie jest możliwe do zrealizowania na płaszczyźnie teoretycznej, za pomocą, jak to proponuje Habermas, bezinteresownej wymiany racji. I choć amerykańskiemu filozofowi można w tym momencie zarzucić nadmierny krytycyzm nieoferujący nic w zamian, zarzut ten jest nie na miejscu, gdyż Fish z założenia uprawia filozofię deskryptywną, która w pierwszej kolejności opisuje pewne zjawiska, dokonuje rewizji rozszereń danych koncepcji i teorii poprzez wskazanie ułomności i ograniczeń ich podstawowych założeń. Skądinąd, z pewnych fundamentalnych dla filozofii Fisha też można wyprowadzić pozytywny program rozwiązywania konfliktów wielokulturowych, niemniej stanowiłby on odwrotność habermasowskiej wizji ograniczenia sfery politycznej do roli zwierciadła społeczeństwa cywilnego, zakładając, że państwo powinno tworzyć warunki do rozwiązywania konfliktu polegające nie tyle na gwarantowaniu zwaśnionym stronom równych praw, co przede wszystkim na włączaniu ich w praktyki tego samego typu.

Bibliografia

Literatura

- Buksiński T., *Publiczne sfery i religie*, Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii UAM, Poznań 2011.
- Burzyńska A., Markowski M. P., *Teorie literatury XX wieku*, Znak, Kraków 2007.
- Finlayson J. G., *Habermas. A very short introduction*, Oxford University Press, New York 2005.
- Fish S., *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, A. Szahaj (red.), Universitas, Kraków 2002.

- Fish S., *Profesjonalna poprawność. Badania literackie a polityczna zmiana*, S. Wójtowicz (tłum.), PTPN, Poznań 2012.
- Foucault M., *Porządek dyskursu*, M. Kozłowski (tłum.), Słowo/Obraz Terytoria, Gdańsk 2002.
- Geertz C., *Zastane światło. Antropologiczne refleksje na tematy filozoficzne*, Z. Pucek (tłum.), Universitas, Kraków 2006.
- Golka M., *Imiona wielokulturowości*, Muza, Warszawa 2010.
- Habermas J., *Faktyczność jako obowiązywanie*, A. Romaniuk, R. Marszałek (tłum.) Scholar, Warszawa 2005.
- Habermas J., *Pojęcie działania komunikacyjnego*, A.M. Kaniowski (tłum.), „Kultura i Społeczeństwo” 1986, nr 3.
- Habermas J., *Religia w sferze publicznej. Poznawcze założenia „publicznego czynienia użytku z rozumu” przez obywateli wierzących i niewierzących*, [w:] J. Habermas, *Między naturalizmem a religią, Rozprawy filozoficzne*, M. Pańków (tłum.), PWN, Warszawa 2012.
- Habermas J., *Teoria działania komunikacyjnego*, A.M. Kaniowski (tłum.), PWN, Warszawa 1999.
- Habermas J., *Uwzględniając Innego*, A. Romaniuk (tłum.), PWN, Warszawa 2009.
- Habermas J., *What Is Universal Pragmatics?*, [w:] J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, Beacon Press, Boston 1979.
- Honneth A., *The Other of Justice: Habermas and The Ethical Challenge of Postmodernism*, [w:] S.K. White, *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.
- James W., *Pragmatyzm*, M. Filipczuk (tłum.), Zielona Sowa, Kraków 2004.
- James W., *Znaczenie prawdy. Ciąg dalszy Pragmatyzmu*, M. Szczubiałka (tłum.), KR, Warszawa 2000.
- Kapusta A., *Filozofia ekstremalna*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2002.
- Kołąkowska A., *Wojny kultur i inne wojny*, Teologia Polityczna, Warszawa 2012.
- Levi-Strauss C., *Spojrzenie z oddali*, W. Grajewski i in. (tłum.), PIW, Warszawa 1993.
- Mamzer H., *Inny uprzedmiotowiony? Jak mówić o wielokulturowości*. [w:] H. Mamzer (red.), *Czy kres wielokulturowości?* Wydawnictwo Humaniora, Poznań 2008.
- Osika G., *Teoria działania komunikacyjnego J. Habermasa*, [w:] J. Rąb (red.), *Zarządzanie Wiedzą – czasopismo poświęcone wiedzy i zarządzaniu wiedzą*, Oficyna Wydawnicza Stowarzyszenie Na Rzecz Rozwoju Nauki Polskiej, Kraków–Zabrze 2001.
- Peirce C.S., *Wybór pism semiotycznych*, H. Buczyńska-Garewicz (red.), Polskie Towarzystwo Semiotyczne, Warszawa 1997.
- Quine W.V.O., *Na tropach prawdy*, B. Stanosz (tłum.), Spacja, Warszawa 1997.
- Robertson M., *Stanley Fish on Philosophy, Politics and Law: How Fish Works*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Rorty R., *Nadzieja zamiast wiedzy: pewna wersja pragmatyzmu*, [w:] R. Rorty, *Filozofia a nadzieja na lepsze społeczeństwo*, J. Grygieńć, S. Tokariew (tłum.), Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2013.
- Sandel M., *Czego nie można kupić za pieniądze*, A. Chromik, T. Sikora (tłum.), Kurhaus Publishing, Warszawa 2012.
- Skarga B., *Tożsamość i różnica. Eseje metafizyczne*, Wydawnictwo Znak, Kraków 1997.
- Szahaj A., *Zniewalająca moc kultury: artykuły i szkice z filozofii kultury, poznania i polityki*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2004.
- Szubka T., *Neopragmatyzm*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 2012.

Tischner J., *Etyka solidarności*, Wydawnictwo Znak, 2000.

Wójtowicz S., *Neopragmatyzm Stanleya Fisha a polskie spory o kształt literaturoznawstwa po 1989 roku*, Wydawnictwo Nauka i Innowacje, Poznań 2014.

Ziemiński Z., *Podstawy nauki o moralności*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1981.

Zybertowicz A., *Przemoc i poznanie. Studium z nie-klasycznej socjologii wiedzy*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Toruń 1995.

Żardecka-Nowak M., *Demokracja deliberatywna jako remedium na ponowoczesny kryzys legitymizacji władzy*, „Teki Komisji Politologii i Stosunków Międzynarodowych” 2008, nr 3.

Internet

Herer M., *Michela Foucaulta wizja współczesności. Wiedza, władza i gry prawdy*, <http://www.ekologiasztuka.pl/pdf/f007herer.pdf> [dostęp 30.08.2018].

**Prawo porównawcze.
Zagadnienia prawa
europejskiego**

Michał A. Piegzik

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Wczesne próby kodyfikacji japońskiego prawa cywilnego ery Meiji i ich kontekst historyczno-polityczny

Early attempts at codifying the Japanese civil law during the Meiji period
and their historical and political background

明治時代にける日本の民法編纂の原初的な試みとその政史の文脈

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie wczesnych prób skodyfikowania japońskiego prawa cywilnego w latach 1868–1890 z uwzględnieniem uwarunkowań historyczno-politycznych. Na mocy izolacyjnych dekretów w latach 1639–1868 Japonia pozostawała krajem całkowicie zamkniętym na kontakty ze światem zewnętrznym, opierając się na hierarchicznym modelu zarządzania księstwami feudalnymi przez szogunat. Wiek XIX, który przyniósł ze sobą nie tylko rewolucję przemysłową, powstanie nowoczesnych imperiów kolonialnych, ale także restaurację władzy cesarskiej w Japonii, postawił japońskie elity przed koniecznością gruntownej reformy państwa, w tym systemu prawa w celu zachowania niepodległości. Prawo cywilne, należące do jednej z trzech głównych gałęzi prawa, miało stanowić jeden z fundamentów przyszłej japońskiej gospodarki i harmonii społecznej. Przyjmując za wzór francuski Code Civil, wczesne próby skodyfikowania zakończyły się niepowodzeniem i doprowadziły do sporu nad kształtem kodeksu cywilnego.

Słowa kluczowe

japońskie prawo cywilne, historia prawa Japonii, Mimpō

Abstract

The main goal of this article is to present early attempts to codify the Japanese civil law during 1868-1890 in scope of historical and political background. During the period 1639-1868, under the regime of insulating acts, Japan remained a country completely isolated from the global society. The political system was based on the hierarchical model of ruling feudal principalities by the shogunate. The nineteenth century, which brought not only an industrial revolution, the rise of modern colonial empires, but also the Imperial Restoration, put the Japanese elites under the pressure of complex reform of the state including the law system in order to preserve independence. Civil law, which belongs to one of the three main branches of law, was to be one of the foundations of the future Japanese economy and social harmony. By adopting the French Code Civil as an example, early attempts to codify failed and led to a dispute over the shape of the final Civil Code.

Keywords

Japanese civil law, history of Japanese law, Mimpō

1. Historyczno-polityczne tło kodyfikacji japońskiego prawa**1.1. Izolacja epoki Edo (1639–1854)**

Przeprowadzony w drugiej połowie XIX wieku wielki proces kodyfikacji japońskiego prawa poprzedzony był ponad dwoma wiekami restrykcyjnego zamknięcia Japonii na kontakty ze światem zewnętrznym. Izolacja ta, znana pod innym terminem *sakoku*, była skutkiem dwóch przełomowych wydarzeń, które całkowicie zmieniły sytuację wewnętrzną w Japonii. Pierwszym z nich było zakończenie krwawej wojny domowej toczącej się w latach 1467–1603 o rządy nad zjednoczonym krajem¹. Dzięki pokonaniu konkurentów i zdobyciu ich ostatniego punktu oporu, jakim był zamek w Osace, w 1615 r. szogun Iseyasu Tokugawa, a później także jego następcy, objęli niepodzielną i niekwestionowaną przez nikogo władzę². Oprócz ukształtowania się nowego systemu politycznego na początku XVII w. drugim ważnym wydarzeniem było nawiązanie licznych kontaktów z państwami europejskimi, które podjęły się eksploracji świata, w tym Azji Wschodniej.

Jako pierwsi do Japonii dotarli Portugalczycy, którzy w 1543 r. wylądowali na południowej części wyspy Kyūshū. Nawiązali oni z Japończykami stosunki handlowe, które skutkowały założeniem portu w Nagasaki³. Wysyłane przez Lizbonę statki pośredniczyły w wymianie towarów i niewolników pomiędzy azjatyckimi krajami, w szczególności Chinami i Koreą, wykorzystując fakt, iż ich jednostki nie były objęte żadnymi urzędowymi koncesjami lub zakazami. Oprócz europejskich kupców w 1549 r. w Japonii pojawili się również katolicy misjonarze, sponsorowani finansowo przez zakony jezuitów, a później także dominikanów i franciszkanów. Chociaż z powodu dużych

¹ W japońskiej i anglojęzycznej literaturze przedmiotu istnieją pewne rozbieżności dotyczące cezur czasowych ery wojen domowych (jap. *senjūki jidai*). Większość historyków zgodnie podkreśla, iż za jej początek można uznać wybuch wojny Ōnin (jap. *Ōnin no ran*) w 1473 r. Dużo większe wątpliwości budzi data zakończenia, za którą przyjmuje się odpowiednio: ponowne zjednoczenie kraju przez Hideyoshiego Toyotomi w 1587 r., kładącą kres rządów rodu Toyotomi bitwę pod Sekigaharą w 1600 r., lub też otrzymanie przez Ieyasu Tokugawę tytułu Wielkiego Szoguna (jap. *Sei'i Taishōgun*) w 1603 r. Przyjmując za kryterium doniosłość cesarskiego reskryptu, który uznawał władzę Ieyasu Tokugawy, uważam, że w 1603 r. doszło do ostatecznego ugruntowania nowego systemu rządów w Japonii. Prowadzone podczas kolejnej dekady działania wojenne nie podważyły władzy szoguna, lecz stanowiły końcowy epizod wieloletniego konfliktu wewnętrznego. 徳川家康征夷大將軍補任の宣旨 (jap. *Tokugawa Ieyasu Sei'i Taishōgun Bunin no Senji*, pol. *Pismen cesarskie polecenia mianowania Ieyasu Tokugawy na Wielkiego Szoguna*), Inskrypcja w Nikkō Tōshōgū. Wszystkie tłumaczenia tytułów i fragmentów z języka japońskiego wykonał autor niniejszego artykułu.

² K. Nakamura, *Tokugawa Ieyasu kōden* (pol. *Oficjalna biografia Ieyasu Tokugawy*), Tōshōgū Shamu-sho, Nikkō 1965, s. 492.

³ Por. J.G. Ruiz de Medina, *Documentos del Japón: 1547–1557*, Instituto Historico de la Compania de Jesus, Roma 1990.

różnic kulturowych rozprzestrzenianie się nowej religii było procesem wolniejszym niż pierwotnie planowało papieństwo, głoszący nauki kościoła rzymsko-katolickiego duchowni byli przekonani, że podobnie jak Europejczycy, Japończycy są dobrymi ludźmi, których można przekonać do zmiany religii⁴.

Do chwili mianowania Iseyasu Tokugawy Wielkim Szogunem Japonia utrzymywała stosunki z trzema europejskimi państwami. Poza Portugalią do grona partnerów handlowych dołączyła w 1549 r. Hiszpania i w 1600 r. Anglia. W 1579 r., po ponad 30 latach aktywności portugalskich i hiszpańskich misjonarzy, japońska społeczność chrześcijan liczyła już 130 tys. osób⁵. W większości zamieszkiwała ona wyspę Kyūshū, gdzie weszła w posiadanie byłych świątyni buddyjskich i shintoistycznych. O prężnej działalności kościoła rzymsko-katolickiego może świadczyć fakt, iż chrztów udzielano w całej Japonii, a wśród nawróconych znajdowało się również kilkunastu panów feudalnych (jap. *daimyō*).

Rozprzestrzenianiem się chrześcijaństwa i powiązaniem z nim handlem prowadzonym przez Europejczyków zainteresował się już szogun Hideyoshi Toyotomi, którego rządy poprzedziły rządy rodu Tokugawa. W dniu 24 lipca 1587 r. wydał on złożony z jedenastu artykułów Edykt Banicyjny (jap. *Bateren Tsuihōrei*) zakazujący między innymi działalności misjonarskiej i nakazujący misjonarzom opuścić Japonię⁶. Chociaż w 1596 r. znowelizowano go o kolejne restrykcje, a rok później ukrzyżowano 26 chrześcijan w związku z incydentem San Felipe, prześladowania za praktykowanie nowej religii zdarzały się niezwykle rzadko, zaś postanowienia edyktów z 1587 i 1596 r. pozostawały praktycznie martwymi zapisami⁷.

Amerykańscy historycy podkreślają, że antychrześcijańskie edykty Toyotomiego nie wynikały z obawy o utratę władzy, lecz stanowiły próbę likwidacji jednego ze źródeł potencjalnych niepokojów społecznych. Japończyk jako tradycyjny buddysta był przeciwnikiem wszelkich form chrześcijańskiego fanatyzmu. Nie rozumiał on doniesień o atakach na świątynie innych wyznań lub skarg na stosowanie przymusowych chrztów mieszkańców niektórych wiosek. Szczególnie negatywny stosunek miał do niekwestionowanego przez misjonarzy handlu japońskimi niewolnikami, który został oficjalnie zakazany w art. 10 *Bateren Tsuihōrei*. Toyotomi do końca życia pozostawał nieufny

⁴ R.R. Ellis, *The Best Thus Far Discovered: The Japanese in the Letters of Francisco Xavier*, "Hispanic Review" 2003, vol. 71, no. 2, s. 155–169.

⁵ B.L. Walker, *Foreign Affairs and Frontiers in Early Modern Japan: a Historiographical Essay*, "Early Modern Japan: An Interdisciplinary Journal" 2002, No. 2/10, s. 44–62.

⁶ 天正十五年六月十八日付覚 (jap. Tenshō jūgonen, rokugatsu, jūhachi hidzuke satori; pol. Akt 18 dnia 6 miesiąca 15 roku ery Tenshō), [w:] H. Yamamoto (red.), *Totoyomi Hideyoshi no komonjo* (pol. *Stare dokumenty Hideyoshiego Totoyomi*), Kashiwa Shobō, Tōkyō 2015, s. 100–102; por. M. An'no, *Bateren Tsuihōrei: 16-seki no nichio taiketsu* (pol. *Bateren Tsuihōrei: 16-wieczna rywalizacja Japonii z zachodem*), Nihon Editā Sukūru Shuppanbu, Tōkyō 1989.

⁷ M. Jansen, *The Making of Modern Japan*, Harvard University Press, Harvard 2000, s. 68.

w stosunku do obcej religii, lecz nie zamierzał z powodu spraw drugorzędnych pogarszać dobrych relacji handlowych z Hiszpanią i Portugalią poprzez wejście w otwarty konflikt z jezuitami innymi zakonami⁸.

Politykę Toyotomiego dotyczącą utrzymania kontaktów z zachodnimi przybyszami kontynuował Iseyasu Tokugawa, który nie tylko zacieśnił stosunki handlowe z Portugalczycami, ale także starał się otworzyć kraj na kontakty z sąsiadującymi Filipinami rządzonymi przez Hiszpanów. W 1603 r. portugalscy jezuita opublikowali w Nagasaki pierwszy słownik przekładający język japoński na język europejski⁹. Pomimo promowania wymiany handlowej i technologicznej z Europejczykami Tokugawa pozostawał sceptyczny wobec ekspansji chrześcijaństwa w Japonii. Sytuację tę starali się wykorzystać angielscy i od 1609 r. holenderscy wysłannicy kupieccy, którzy podczas prywatnych audiencji u szoguna ostrzegali go o kolonialnych ambicjach Hiszpanów. Wskazując za przykład podbite i schryścianizowane siłą ludy Ameryki Południowej, a także sąsiednich Filipin, dowodzili oni, że dalekosiężnym celem jezuitów i innych zakonów, kontrolowanych w rzeczywistości nie przez papieża, ale Madryt i Lizbonę, jest opanowanie Japonii. Działając w interesie własnym i pośrednio swoich krajów, Anglicy i Holendrzy zaświadczały, że jedynym zamiarem protestanckich kupców jest kontynuowanie wymiany handlowej z Japończykami bez prowadzenia jakiegokolwiek akcji misyjnej. Pomimo tego, że oskarżenia kierowane w stronę państw z Półwyspu Iberyjskiego nie były prawdziwe, stopniowo zmieniały stosunek Tokugawy do chrześcijaństwa, którego wpływy w japońskim społeczeństwie, a także wśród klasy wyższej, rosły w siłę z każdym rokiem¹⁰.

Walka o uprzywilejowaną pozycję w japońskim handlu nie miała wyłącznie charakteru propagandowego. Poza rywalizacją o względy szoguna Hiszpanie i Portugalczycy sondowali możliwość interwencji sojuszniczej floty stacjonującej w Manili, a także potajemnie dostarczali broń palną i proch strzelniczy do należących do Kościoła rzymsko-katolickiego daimyō z zamiarem sformowania sił samoobrony na wypadek próby zbrojnego usunięcia misjonarzy z Japonii. O tym, iż potencjał bojowy oddziałów wiernych europejskim przybyszom nie mógł być całkowicie zignorowany, może świadczyć fakt, że do 1620 r. 86 japońskich panów feudalnych oficjalnie przeszło na chrześcijaństwo. Istniała także spora grupa daimyō, która wprawdzie nie zdecydowała się porzucić tradycyjnych wierzeń, lecz sympatyzowała z nową religią¹¹.

⁸ M. Cooper, *Rodrigues The Interpreter: An Early Jesuit in Japan and China*, Weatherhill, New York 1974, s. 160.

⁹ Iezusu Kai, 日葡辞書 (jap. *Nippo Jisho*, pol. *Słownik japońsko-portugalski*), Nagasaki 1603.

¹⁰ Szacuje się, że na początku XVII w. w Japonii było około 300 tys. chrześcijan, M. Jansen, *op. cit.*, s. 79.

¹¹ T. Abe, J. Rejaunier, *Japan's Hidden Face: A Call for Radical Change in Japanese Society & Commerce*, Philadelphia BainBridge Books, Philadelphia 1998, rozdz. 16–17.

Rosnące zagrożenie ze strony Kościoła rzymsko-katolickiego, a także powtarzające się incydenty z udziałem chrześcijan sprawiły, że w 1614 r. Hidetada Tokugawa, syn Ieyasu, wydał akt całkowicie zakazujący praktykowania chrześcijaństwa i definitywnie nakazujący wszystkim misjonarzom opuścić Japonię. Przyczyny tak nagłego zwrotu zostały przedstawione w uzasadnieniu do nowego prawa: „Chrześcijańskim grupom udało się w końcu dotrzeć do Japonii. Nie tylko wysyłały one statki handlowe w celu wymiany towarów, ale także rozszerzały szkodliwą doktrynę, która miała na celu omamienie uczciwych ludzi, aby obalili rząd i sami objęli władzę nad krajem. Wydarzenie to byłoby wielką katastrofą. Nie możemy zrobić nic jak tylko powstrzymać to”¹². Chrześcijanom oprócz tego zarzucano, jak przytaczają Hirokazu i Yūmio Shimizu w zbiorze dokumentów z epoki, „łamanie rządowych regulacji, zniesławianie shintō, szkalowanie tradycji-prawa, naruszanie porządku publicznego, a także deprawowanie moralności”¹³.

W przeciwieństwie do opublikowanych pod koniec XVI w. zakazów Toyotomięgo władza rodu Tokugawa była na tyle silna, że ogłoszony w 1614 r. akt banicji chrześcijaństwa został wprowadzony w życie jako prawo o znaczeniu fundamentalnym dla bezpieczeństwa publicznego, zaś urzędnicy państwowi zobowiązani do jego przestrzegania. Jeszcze w tym samym roku szogunat wprowadził powszechny obowiązek rejestracji poddanych w świątyniach buddyjskich. Poza zamiarem kontrolowania społeczności chrześcijańskiej celem władz było ograniczenie wzrostu jej liczebności poprzez promowanie tradycyjnych wartości¹⁴.

Bezpośrednim skutkiem banicji chrześcijaństwa był wyjazd ponad połowy misjonarzy w pierwszym roku po wprowadzeniu zakazu. Pomimo planów stawiania zbrojnego oporu rzeczywista siła chrześcijan w Japonii ograniczała się do lokalnych grup samoobrony. Natychmiastowa interwencja hiszpańskiej floty z Filipin okazała się niemożliwa, a jej efekt niepewny, dlatego też duchowni polecali powstrzymać się przed prowokowaniem władz, licząc na zmianę restrykcyjnej polityki. Postawa szoguna nie zmieniła się jednak wraz z upływem czasu i aż do jego abdykacji na rzecz syna w 1623 r. japońska administracja konsekwentnie zwalczała wszelkie próby szerzenia nowej religii.

Następca Hidetady, Iemitsu, nie tylko kontynuował antychrześcijańską politykę ojca, ale także zorganizował aparat urzędniczy, którego zadaniem było prześladowanie innowierców. Publiczne egzekucje i stosowane podczas przesłuchań tortury doprowadziły do kilku lokalnych wystąpień chrześcijańskiego chłopstwa przeciwko lokalnym daimyō. Dnia 11 grudnia 1637 r., po morderstwie prowincjonalnego poborcy podatkowego, jedno z nich

¹² I. Higashibaba, *Christianity in Early Modern Japan: Kirishitan Belief and Practice*, Brill, Boston & Köln 2002, s. 139.

¹³ H. Shimizu, Y. Shimizu, *Kirishitan kankei hōsei shiryō* (pol. *Materiały z historii prawa dotyczącego chrześcijan*), Sōkyū Shuppan, Hachiōji 2002, s. 264.

¹⁴ M. Jansen, *op. cit.*, s. 57.

przeistoczyło się w zorganizowane powstanie przeciwko władzy szoguna. Od poprzednich buntów różniło się tym, że uczestniczyło w nim prawie 40 tys. ludzi (w zależności od szacunków), zaś jego dowództwo dysponowało ufortyfikowanym zamkiem¹⁵.

Do zdławienia rebelii Iemitsu wyznaczył ponad 125 tys. żołnierzy dowodzonych przez zaufanych daimyō. Jego armia już na wiosnę 1638 r. zdobyła ostatnie punkty oporu wroga, doprowadzając do brutalnego końca powstania. Choć z punktu widzenia wojskowego buntownicy ani przez chwilę nie zagrozili władzy szoguna, wydarzenie to ostatecznie przekonało go o braku możliwości koegzystencji z chrześcijanami, także w stosunkach gospodarczych. W 1639 r. wydał on akt całkowicie zakazujący portugalskim okrętom przybijania do japońskich portów. Jedynym europejskim narodem, który uzyskał zgodę na kontynuowanie handlu z Japonią, byli Holendrzy pod warunkiem korzystania z wydzielonego do tego celu portu i powstrzymania się od jakiegokolwiek działalności misyjnej¹⁶.

Pomimo że w historiografii przyjmuje się rok 1639 jako symboliczny początek ponad dwustuletniej izolacji Japonii, kontakty z cudzoziemcami były stopniowo ograniczane także w poprzedniej dekadzie. Już w 1624 r. Anglicy jako pierwsi wycofali się z niepewnego handlu z Japończykami¹⁷. Rok później szogunat zerwał stosunki dyplomatyczne z Hiszpanią, odmawiając hiszpańskim statkom prawa wstępu do krajowych portów. W latach 1633–1639 Iemitsu Tokugawa wydał łącznie pięć „aktów izolacyjnych”, których podstawową przestrzenią regulacji był zakaz pobytu cudzoziemców w Japonii, jak również zakaz opuszczania kraju przez Japończyków. Za oba naruszenia groziła kara śmierci bez możliwości zastosowania odwołania lub prawa łaski. Kontakty handlowe ze światem zewnętrznym miały być utrzymywane za pośrednictwem czterech „bram”. Jak wcześniej wspomniano, jedynym europejskim narodem dopuszczonym do wpływania do portów Japonii byli Holendrzy, którzy otrzymali prawo do korzystania z przystani na wyspie Dejimie przy Nagasaki. Bardzo ważny dla japońskiej gospodarki handel z Chinami również był prowadzony przez Nagasaki. Wymianę towarów z Koreą nadzorował ród Sō z hanu Tsushima, zaś z zamieszkującym Hokkaidō ludem Ajnów obywatel się przez han Matsumae. Ostatnim partnerem handlowym Japończyków było zależne od Chin Królestwo Ryūkyū (dzisiejsza prefektura Okinawa), z którym handlowano za pośrednictwem rodu Shimazu z Satsumy¹⁸.

¹⁵ C. Kanda, *Shimabara no ran* (pol. *Powstanie na Półwyspie Shimabara*), Chūō kōron Shinsha, Tōkyō 2005, s. 14–18.

¹⁶ E. Katō, M. Kanai (red.), *Tōkyō Daigaku Shiryōhensan Shohō* (pol. *Przegląd Historiograficzny Uniwersytetu Tokijskiego*), Nr 19, Tōkyō 2001, s. 58.

¹⁷ S. Iwao, *Nihon no rekishi „14” sakoku* (pol. *Historia Japonii „14” sakoku*), Chūō kōron Shinsha, Tōkyō 2005, s. 326–333.

¹⁸ Por. Y. Nagazumi, *Sakoku o minaosu* (pol. *Ponowne spojrzenie na sakoku*), Yamakawa Shuppansha, Tōkyō 1999.

O tym, iż szogunat zamierzał konsekwentnie przestrzegać zasad izolacji, może świadczyć fakt, iż do 1641 r. Holendrzy opuścili większość swoich faktorii, w tym najważniejszą w Hirado, przenosząc działalność do Nagasaki. Dwa lata później niderlandzki podróżnik i kartograf, Maarten Gerritsz Vries, zawiął podczas sztormowej pogody do portu Yamada w północno-wschodniej Japonii, lecz pomimo przyjaznego przyjęcia przez miejscową ludność został wkrótce zmuszony przez lokalnych urzędników do opuszczenia państwa¹⁹. W 1647 r. dwa portugalskie statki podjęły próbę ponownego nawiązania stosunków dyplomatycznych, ale kotwicowisko w Nagasaki zostało zablokowane przez około 900 japońskich okrętów. Aby zapobiec w przyszłości podobnym incydentom, szogunat zdecydował się wkrótce wzmocnić patrole na południowo-zachodnich wodach Kyūshū²⁰. Przekonała się o tym załoga angielskiego statku handlowego *Return*, która w 1673 r. otrzymała kategoryczny zakaz postoju w Nagasaki²¹.

1.2. Przelamanie izolacji i rewolucja Meiji (1854–1868)

Wprowadzone przez Iemitsu akty izolujące Japonię były konsekwentnie przestrzegane przez kolejnych szogunów z rodu Tokugawa. Wprawdzie w 1738 r. rosyjska ekspedycja na krótko zagościła na Honshū i została przyjaźnie przyjęta przez miejscową ludność²², lecz stanowisko szogunatu w sprawie prowadzenia handlu przez nieuprawnione narody pozostawało niezmiennie. Przekonał się o tym Paweł Lebediew-Lastochkin, kupiec z Jakucka, który w 1778 roku przybył na Hokkaidō z prośbą o nawiązanie stosunków handlowych. Choć początkowo Japończycy wydawali się życzliwi i przyjęli prezenty, odpowiedź była jednoznacznie odmowna²³.

W 1825 r., w związku z coraz częściej pojawiającymi się próbami obejścia nałożonych zakazów, szogun Iesada Tokugawa wprowadził *Akt dotyczący odstraszenia cudzoziemskich statków* (jap. *Ikokusen Uchiharairai*). Na jego mocy zarządcy nadbrzeżnych prowincji otrzymali upoważnienie do ostrzeliwania obcych jednostek handlowych na wypadek, gdyby te próbowały siłą wejść do japońskich portów. Rozszerzenie uprawnień objęło również policję, która mogła aresztować lub nawet zabić bez ostrzeżenia

¹⁹ Archief Nederlandse Factorij Japan: NFJ 57 (KA 11687), Dagregister des Comptoirs Nangazackij van de jaaren 1642/43 en 1644.

²⁰ L.M. Cullen, *A History of Japan: 1582–1941*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 39.

²¹ K. Asaji, *17-seiki Ōsutoria kizoku ni totte no „Ōsaka-zu byōbu” no nedan* (pol. *Cena „Parawanu Osaki” według 17-wiecznego austriackiego arystokraty*), [w:] *Kokusai shimpojiumu hōkokusho: shinhakken „Toyotomi ki Ōsaka-zu byōbu” no miryoku* (pol. *Czar nowoodkrytego „Parawanu Osaki czasów Toyotomiego”, zapis międzynarodowego sympozjum*), Ōsaka 2009, s. 37–38.

²² G. Barratt, *Russia in Pacific Waters: 1715–1825*, UBC Press, Vancouver 2014, s. 35–37.

²³ Rossijskij Gosudarstwiennyj Archiw Driewnich Aktow (RGADA), F.7, op. 1, d. 2539, *Zapiska brigadiry Niemcowa ob otoprawlenii ekspiedicij na Kurilskije ostrowa. 5 diekabria 1779 goda*, s. 13–14.

każdego napotkanego na lądzie cudzoziemca bez jego wcześniejszego przesłuchania²⁴. O tym, iż nie był to jedynie martwy zapis prawa, może świadczyć incydent z udziałem amerykańskiego statku handlowego Morrison w 1837 r., który został ostrzelany podczas podejścia do lądu²⁵.

Postępująca w XIX w. rewolucja przemysłowa i rozszerzanie stref wpływów przez mocarstwa kolonialne sprawiły, że po ponad 200 latach izolacja Japonii nie była możliwa do utrzymania. W dniu 8 lipca 1853 r. komodor Matthew Perry, dowódca marynarki wojennej USA, przybył do Zatoki Tokijskiej wraz z czterema nowoczesnymi statkami i zażądał pod groźbą użycia siły otwarcia kraju na handel z zachodem²⁶. Wizyta Amerykanina zbiegła się w czasie ze śmiercią szoguna Ieyoshiego Tokugawy i objęciem urzędu przez jego schorowanego syna Iesadę, który powierzył prowadzenie negocjacji najbardziej zaufanym doradcom. Obserwując okręty komodora Perry'ego, Japończycy rozumieli, że ich zacofanie gospodarcze i technologiczne nie pozwoli na podjęcie wyrównanej walki ze Stanami Zjednoczonymi, lecz obstając przy prawach przodków, nie zdecydowali się znieść zakazu handlu dla obcych narodów.

Nie uzyskawszy żadnych koncesji, Perry powrócił rok później z siedmioma okrętami i 31 marca 1854 r. zmusił szoguna do podpisania Traktatu w Kanagawie (jap. *Nichibei Washinjōyaku*), który formalnie rozpoczął rozwój stosunków dyplomatycznych pomiędzy Japonią i Stanami Zjednoczonymi. Składający się z dwunastu artykułów dokument nie tylko przyznawał Amerykanom prawo wolnego handlu w portach Shimoda i Hakodate, ale także umożliwiał obywatelom USA przebywanie w Japonii w specjalnie wyznaczonych strefach²⁷. Rozwinięciem nawiązanych siłą stosunków japońsko-amerykańskich był podpisany 29 lipca 1856 r. Traktat o Przyjaźni i Handlu (jap. *Nichibei Shūkō Tsūshō Jōyaku*). Składający się z 14 artykułów dokument przewidywał między innymi utworzenie eksterytorialnych placówek dyplomatycznych, a także otwarcie portów w Nagasaki, Kanagawie, Niigacie i Hyōgō dla amerykańskich kupców wraz z zagwarantowaniem na ich terytorium prawa wolności wyznania i budowy świątyń²⁸. Przełamanie izolacji Japonii przez Stany Zjednoczone zostało wykorzystane także przez

²⁴ 異国船打払令 (jap. Ikokusen Uchihararei, pol. Akt dotyczący odstraszenia obcych statków), http://archives.pref.yamaguchi.lg.jp/user_data/upload/File/ags/3-3-6-010.pdf, [dostęp: 25.02.2018].

²⁵ H. Tanaka, „*Bansha no goku*” no subete (pol. *Wszystko o „Więzieniu barbarzyńskiego świata”*), Yoshikawa Kōbunkan, Tōkyō 2011.

²⁶ Por. M.C. Perry, *Narrative of the expedition of an American Squadron to the China Seas and Japan*, Tucker, Washington 1856; J.W. Hall, *Japan: From Prehistory to Modern Times*, A Delta Book, Ann Arbor 1991, s. 207.

²⁷ 日本國米利堅合衆國和親條約 (jap. Nihonkoku-Meriken Gasshūkoku Washin Jōyaku, pol. Traktat Przyjaźni między Japonią a Stanami Zjednoczonymi), http://www.ndl.go.jp/modern/img_1/002/002-0011.html, [dostęp: 25.02.2018].

²⁸ 日本國米利堅合衆國修好通商條約 (jap. Nihonkoku-Meriken Gasshūkoku Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Stanami Zjednoczonymi), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912, s. 285.

Wielką Brytanię, Francję, Holandię i Rosję, które do końca 1858 r. podpisały układy wymiany handlowej z szogunatem, uzyskując podobne jak Amerykanie prawa²⁹.

Nagle pojawienie się cudzoziemców, nawet w wyznaczonych traktatami portach, wzbudziło niepokoje społeczne w konserwatywnym społeczeństwie Japonii. Już w 1858 r. doszło do kilkunastu ataków na przybyszy i legalnie działające zagraniczne placówki handlowe. Wzmógł wymiana towarów i niekontrolowany obrót pieniądza doprowadziły w krótkim czasie do kryzysu japońskiej gospodarki. Jej bezpośrednim skutkiem był wzrost nastrojów antycudzoziemskich. Powszechnym zjawiskiem, także wśród wykształconych urzędników państwowych, było oskarżanie przybyszów z zachodu o rozprzestrzenianie nieznanymi chorób, a także obarczanie winą za klęski naturalne, które miały świadczyć o niezadowoleniu bogów i karze za naruszenie tradycyjnego porządku³⁰.

Pięć lat obcowania z przybyszami z zachodu ujawniło, iż w Japonii znajduje się spora grupa społeczeństwa popierająca ponowne zamknięcie granic i pozbycie się zachodnich wpływów. Cieszące się szczególną popularnością hasło „Przywrócić cesarza, wyrzucić barbarzyńców” (jap. *sonnō jōi*) zostało w drugiej jego części zrealizowane przez cesarza Kōmei, który niespodziewanie złamał wielowiekową tradycję nieingerencji monarchy w sprawy polityczne kraju. W dniu 11 marca 1863 r. wydał on „Rozkaz Wydalenia Barbarzyńców” (jap. *Jōi chokumei*), który miał zostać wprowadzony w życie w ciągu dwóch miesięcy³¹. Choć szogunat nie rozważał wykonania cesarskiego aktu, prawo to zachęciło radykałów do dokonania wielu morderstw na cudzoziemcach. Doktryna *sonnō jōi* trafiła na podatny grunt i jej gorliwi zwolennicy w latach 1863–1864 wznieśli dwa lokalne powstania, których celem była restauracja władzy cesarskiej i bezkompromisowe wydalenie obcokrajowców. Pacyfikacja zbuntowanych prowincji okazała się dla szogunatu olbrzymim problemem, zaś w sprawy wewnętrzne Japonii ingerowały także Stany Zjednoczone, Wielka Brytania i Francja, które wykorzystwały własne floty do ostrzelania Shimonseki i Kagoshimy³².

Niepokoje społeczne związane z cesarskim aktem zakończyły się uznaniem traktatowych praw zachodnich mocarstw i zapłatą odszkodowania za wyrządzone szkody. Po-

²⁹ 日英修好通商条約 (jap. Nichiei Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Wielką Brytanią); 日露修好通商条約 (jap. Nichiro Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Rosją); 日蘭修好通商条約 (jap. Nichiran Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Holandią); 日仏修好通商条約 (jap. Nichifutsu Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Francją), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912, s. 6.

³⁰ J. Hammer, *Yokohama Burning: The Deadly 1923 Earthquake and Fire that Helped Forge the Path to World War II*, Free Press, New York–Toronto–London–Sydney 2006, s. 65.

³¹ 攘夷勅命 (jap. Jōi Chokumei, pol. Rozkaz Wydalenia Barbarzyńców), bakumatu.727.net/bakumatu/tuushi-b3-kamogyoko.htm#taikyo, [dostęp: 21.02.2018].

³² M. Medzini, *French Policy in Japan during the Closing Years of the Tokugawa Regime*, Cambridge University Press, Cambridge 1971, s. 44–46; J. Denney, *Respect and Consideration: Britain in Japan 1853–1868 and Beyond*, Radiance Press, Leicester 2011, s. 189–191.

tyczki z obcą flotą ujawniły nie tylko słabość japońskich sił zbrojnych, ale również ogólne technologiczne zacofanie kraju. W celu jego zreformowania Iemochi Tokugawa wysłał do Europy delegację z zadaniem pobrania nauk, tym samym znosząc oficjalny zakaz opuszczania kraju. Podjęte przez szoguna działania mające na celu odzyskania autorytetu okazały się bezowocne, gdyż zmarł on niespodziewanie w sierpniu 1866 r. w wieku 20 lat. Wskutek epidemii ospy w styczniu 1867 r. zmarł także 36-letni cesarz Kōmei, którego antyzachodnie przekonania stanowiły ostatnią przeszkodę do modernizacji kraju. Jak wskazywał brytyjski dyplomata w Japonii, sir Ernest Satow, zniknięcie japońskiego władcy ze sceny politycznej w historycznym momencie i objęcie tronu przez niepełnoletniego syna stanowiły wielką szansę na przeprowadzenie reform³³.

Zaledwie czternastoletni cesarz Mutsuhito znalazł się pod opieką doradców pochodzących z klanów popierających pełne otwarcie Japonii na świat. Wykorzystali oni kryzys szogunatu i nastroje społeczne do zmiany systemu politycznego. Koniec epoki Edo nastąpił 9 listopada 1867 r., kiedy to Yoshinobu Tokugawa oddał się do dyspozycji cesarza i 10 dni później zrezygnował z pełnionej funkcji szoguna³⁴. Decyzja ta była bezpośrednim skutkiem utraty kontroli nad krajem, ryzyka wybuchu powszechnego buntu, braku poparcia wśród daimyō, a także przekonania Japończyka, że należy przeprowadzić gruntowną reformę państwa³⁵. Restauracja władzy cesarskiej (jap. *taisei hōkan*) została potwierdzona w wydanym i osobiście odczytanym przez Mutsuhito edyktie z 4 stycznia 1868 r., który notyfikowano wszystkim pozostałym państwom³⁶.

Całkowite odsunięcie byłego szoguna od decydowania o losach Japonii miało okazać się zadaniem znacznie trudniejszym, gdyż w dalszym ciągu lojalność wobec niego zachowała część wojska i aparatu urzędniczego. W styczniu 1868 r. Yoshinobu Tokugawa ruszył z wiernymi mu oddziałami na Kioto, podejmując próbę przywrócenia swojej władzy³⁷. Jego interwencja doprowadziła do trwającej półtora roku wojny domowej (jap. *bōshin sensō*), w której zwycięską stroną okazały się lepiej zorganizowane i wsparte przez Wielką Brytanię postępowe siły skupione wokół cesarza. Wraz z zakończeniem konfliktu wewnętrznego w Japonii utrwalił się całkowicie nowy system polityczny, który z mniejszymi zmianami przetrwał aż do 1945 r.

³³ D. Keene, *Emperor of Japan: Meiji and His World: 1852–1912*, Columbia University Press, New York 2002, s. 94–96.

³⁴ K. Takano, *Tokugawa Yoshinobu: kindai Nihon no enshutsusha* (pol. *Yoshinobu Tokugawa: inscenizator współczesnej Japonii*), Nihon Hōsō Shuppan Kyōkai, Tōkyō 1997, s. 256; A. Gordon, *A Modern History of Japan: from Tokugawa Times to the Present*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 57–58.

³⁵ Y. Ieshika, *Tokugawa Yoshinobu*, Yoshikawa Kōbunkan, Tōkyō 2014, s. 176–177; R.L. Sims, *French Policy Towards the Bakufu and Meiji Japan: 1854–95*, Japan Library, Richmond 1998, s. 236.

³⁶ D. Keene, *op. cit.*, s. 121.

³⁷ K. Mizutani, *Boshin sensō to chōtekihan: Haisha no ishinshi* (pol. *Wojna boshin i zradzieckie hany: historia przegranych okresu rewolucji Meiji*), Yagi Shoten, Tōkyō 2001, s. 165–178.

2. Japoński system prawa u progu rewolucji Meiji

2.1. Charakterystyka ogólna systemu prawa japońskiego w dobie szogunatu

Najważniejszą cechą japońskiego systemu prawa okresu szogunatu rodu Tokugawa był silnie zarysowany partykularyzm. Wynikał on bezpośrednio z feudalnego charakteru państwa i ustanowionej już w XIII w. hierarchii władzy, w której księstwa feudalne (jap. *han*) z jednej strony podlegały zwierzchniej władzy rządu centralnego (jap. *bakufu*), ale z drugiej zachowywały swoją autonomię administracyjną i prawną. W każdym księstwie feudalnym obowiązywało odrębne prawo zwyczajowe (jap. *kanshūhō*), podobnie jak w domenie zarządzanej bezpośrednio przez szoguna. Poza respektowaniem moralności i wielowiekowych tradycji (wynikających w większości z nakazów shintoistycznych i buddyjskich), japońskie prawo zwyczajowe pozostawało pod silnym wpływem etyki konfucjańskiej (jap. *judō*), która zakładała ściśle posłuszeństwo społeczeństwa, gwarancję bezpieczeństwa publicznego i zapewnianie państwu dochodów³⁸.

2.2. Japońskie prawo stanowione

Poza prawem zwyczajowym w epoce sakoku obowiązywało również prawo stanowione (jap. *hatto*), promulgowane zarówno przez rząd centralny³⁹, jak i księstwa feudalne. Tradycja wydawania aktów prawa w Japonii sięgała 669 r., kiedy to ogłoszono składający się z 22 tomów kodeks Ōmi (jap. *Ōmi-ryō*). Choć jego istnienie jest podważane przez niektórych historyków, miał on zawierać wyłącznie normy prawa administracyjnego zebrane przez Fujiwarę no Kamatariego na polecenia cesarza Tenji⁴⁰. Drugim chronologicznie japońskim kodeksem był promulgowany w 689 r. kodeks Asuka Kiyomihara (jap. *Asuka Kiyomihara-ryō*). Podobnie jak kodeks Ōmi składał się z 22 tomów i był spisem aktualnie obowiązujących stosunków pomiędzy urzędnikami państwowymi i ministrami przy cesarzu, a więc zachowywał on czysto prawno-administracyjny charakter⁴¹. Najważniejszy z kodeksów, kodeks Taihō (jap. *Taihō-ritsuryō*), promulgowano stopniowo w latach 701–704. Był to zbiór implementowanych do wewnętrznego porządku przepisów, które pochodziły z przetłumaczonych chińskich kodeksów dynastii Tang⁴². Kodeks Taihō składał się z 11 tomów prawa administracyjnego (jap. *ryō*) i 6 prawa karnego (jap. *ritsu*), które dostosowano do mentalności, zwyczajów i sytuacji spo-

³⁸ A. Kość, *Filozoficzne podstawy prawa japońskiego w perspektywie historycznej*, Redakcja Wydawnictw Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2001, s. 75.

³⁹ W zależności od okresu prawo było promulgowane przez cesarza lub szogunata.

⁴⁰ C. Kitabatake, 神皇正統記 (jap. *Jinnō Shōtōki*, pol. *Kronika autentycznej linii boskich cesarzy*), <http://www.j-texts.com/chusei/rek/jinno.html>, [dostęp: 26.02.2018].

⁴¹ W.W. Farris, *Sacred Texts and Buried Treasures: Issues in the Historical Archaeology of Ancient Japan*, University of Hawai'i Press, Honolulu 1998, s. 104.

⁴² J. Chen, *Chinese Law: Context and Transformation: Revised and Expanded Edition*, Leiden Boston Brill Nijhoff, Boston 1966, s. 9.

łecznej⁴³. Jego uzupełnienie stanowił wydany w 745 r. kodeks Yōrō (jap. *Yōrō-ritsuryō*) składający się z 10 tomów prawa administracyjnego i 10 prawa karnego⁴⁴.

Pomimo że pierwotnie wysoko oceniano dorobek chińskich legislatorów, zaś same kodeksy doczekały się wnikliwych studiów i komentarzy, system *ritsuryō* (jap. *ritsuryō-sei*) nie przerwał w Japonii zbyt długo. Z powodu zbyt dużych różnic społecznych i kulturowych bezpośrednia recepcja chińskiego prawa okazała się niemożliwa. Już pod koniec VIII w. wiele postanowień kodeksu Tang wyszło z użycia. Niektóre normy prawa karnego nigdy nie były egzekwowane, a wraz z upływem czasu część norm prawa administracyjnego stała się dla japońskich urzędników zwyczajem⁴⁵. Wprawdzie żaden z promulgowanych kodeksów nie został derogowany w kolejnych wiekach, lecz ich zapis w formie urzędowych chińskich znaków utrudniał praktyczne stosowanie, co doprowadziło do naturalnego odejścia od ich przestrzegania⁴⁶.

W kolejnych wiekach system *ritsuryō* został stopniowo zastąpiony prawem zwyczajowym, zaś publikowane przez dwór cesarski ustawy miały bardziej charakter moralny i napominający. Prawem zwyczajowym w większości był również słynny samurajski kodeks *bushidō*. W celu ochrony interesu władzy centralnej i utrzymania systemu zależności feudalnej niektóre jego zasady zostały utrwalone w formie pisemnej pod postacią kodeksu *Jōei* (jap. *Jōei shikimoku*), który promulgowano w 1232 r. Liczący zaledwie 51 artykułów kodeks stosowany był wyłącznie wobec samurajów, lecz stanowił on pierwszą próbę kodyfikacji zwyczajowego prawa feudalnego⁴⁷. Jak podkreśla A. Kość, jego natura prawna była zbudowana nie na zasadach prawa pozytywnego, lecz na zasadach *jōri*, czyli słuszności i zdrowego rozsądku⁴⁸. Podstawowym celem kodeksu *Jōei* była bowiem nie regulacja stosunków pomiędzy samurajami, lecz ochrona interesów instytucji religijnych i posiadaczy dworskich.

W okresie rządów rodu Tokugawa na szczególną uwagę zasługują promulgowane w 1615 r. kodeksy prawa publicznego samurajów (jap. *buke shohatto*) i prawa publicznego dworu cesarskiego (jap. *kuge shohatto*). Pierwszy z aktów składał się z 13 artykułów, które ustalały zasady postępowania w życiu prywatnym, a także reguły dotyczące małżeństwa i stroju *daimyō*. Miał on przede wszystkim uniemożliwić panom feudalnym tworzenie ugrupowań i rozbudowywanie armii. Zakazywał budowy statków morskich

⁴³ A. Kość, *op. cit.*, s. 61.

⁴⁴ M. Takayanagi, T. Rizō (red.), *Kadogawa Nihonshi jiten* (pol. *Słownik historii Japonii Kadogawa*), Kadokawa Shoten, Tōkyō 1995, s. 976.

⁴⁵ L. Leszczyński, *Gyoseishido w japońskiej kulturze prawnej. Nieformalne działania administracji a prawo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1996, s. 88.

⁴⁶ Por. S. Sogabe, *Nicchū ritsuryō ron* (pol. *Debata nad chińsko-japońskim prawem administracyjno-karnym*), Yoshikawa Kobunkan, Tōkyō 1995.

⁴⁷ S. Ishii, *Nihon shisō taikei (21) Chūsei seiji shakai shisō* (pol. *Zarys japońskich ideologii (21) Średniowieczna myśl społeczno-polityczna*), t. 1, Iwanami Shoten, Tōkyō 1972, s. 40.

⁴⁸ A. Kość, *op. cit.*, s. 69.

i krzewienia doktryny chrześcijańskiej. Oprócz tego ściśle regulował zasady przebywania poszczególnych daimyō na dworze szoguna w Edo. Buke shohatto był uzupełniany o dodatkowe przepisy kolejno w latach 1629, 1635, 1663, 1683 i 1710. Finalna wersja kodeksu z 1710 r. składała się z 17 artykułów, które szogunowie zatwierdzali jako obowiązujące prawo aż do 1859 r.⁴⁹ Materia regulowana przez kuge shohatto była o wiele węższa⁵⁰, lecz stanowiła fundament ustroju politycznego Japonii w latach 1615–1868. Kodeks ten nie tylko ograniczał swobodę cesarza i arystokracji dworskiej, ale także zakazywał opuszczać im stołeczne Kioto. Nawet przebywanie w mieście miało się ograniczać do pałacu, własnych rezydencji i łączących je tras. Zawarto tam także m.in.: reguły obsadzania najważniejszych stanowisk na dworze i doboru odpowiednich do nich strojów, zasady awansów, zaznaczono zależność urzędników dworskich od wojskowych, a przede wszystkim, już w art. 1 podkreślono, że najważniejszym obowiązkiem cesarza jest zgłębianie nauki i kultywowanie sztuk tradycyjnych, poezji waka i kaligrafii⁵¹.

Ostatnim kodeksem poprzedzającym okres wielkiej reformy japońskiego prawa w drugiej połowie XIX wieku był Kodeks reguł postępowania w działaniach politycznych (jap. *Kujikata Osadamegaki*). Promulgowany przez szoguna Yoshimune Tokugawę w 1742 r. akt prawny składał się ze 103 artykułów podzielonych na dwie części⁵². Pierwszą z nich tworzyło 81 artykułów różnych gałęzi prawa materialnego. Druga część poświęcona została zasadom postępowania karnego i cywilnego. Przepisy dotyczące postępowania cywilnego nie miały jednak charakteru prawa cywilnego, gdyż były wyłącznie wskazówkami dla sądów⁵³.

U progu upadku szogunatu w japońskim systemie prawa w dalszym ciągu domino wało prawo zwyczajowe oparte na szintoistycznej i buddyjskiej etyce lub powstałe na skutek wielowiekowej recepcji chińskich ustaw. Uzupełnieniem prawa zwyczajowego było prawo stanowione, które koncentrowało się na zapewnieniu stabilnego funkcjonowania kraju i zachowaniu porządku publicznego. Poza restrykcyjnym regulowaniem zasad kontaktowania się z państwami ościennymi jego celem było zagwarantowanie posłuszeństwa daimyō wobec szoguna, wykluczenie cesarza z życia politycznego, jak również stworzenie podstawowych ram dla pracy sądów i urzędów ściśle podporządkowanych władzy centralnej. Przez prawo stanowione w tym czasie rozumiano przede

⁴⁹ J.C. Hall, *The Tokugawa Legislation*, Yokohama 1910, s. 286–319.

⁵⁰ Pełna nazwa aktu prawnego w języku japońskim to *Kinchū narabi ni kuge shohatto*. Zob. *Jidai o to-raeru: Shin Nihonshi shiryōshū*: (pol. *Uchwycić epokę: Nowy zbiór dokumentów dotyczących historii Japonii*), Kirihara Shoten, Tōkyō 1999, s. 183–184.

⁵¹ E. Pałasz-Rutkowska, *Cesarz Meiji (1852–1912). Wizerunek władcy w modernizowanej Japonii*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, s. 35.

⁵² Sekcja Spraw Ogólnych Sekretariatu Ministra Sprawiedliwości (red.), *Tokugawa kinreikō* (pol. *Mysł prawa dotyczącego zakazów ery Tokugawa*), tom wydzielony, Shihosho Chosaka, Tōkyō 1961, s. 11–141.

⁵³ A. Kość, *op. cit.*, s. 74.

wszystkim normy prawa administracyjnego i karnego, uznane za kluczowe do realizacji konfucjańskiej idei harmonii i pokoju społecznego. Choć w XVII w. japońskie prawo pozytywne zaczęło także stopniowo wyróżniać normy prawa cywilnego (materialnego i procesowego, z naciskiem na procesowe), stosunki cywilno-prawne opierały się w dalszym ciągu na prawie zwyczajowym.

3. Wczesne prace kodyfikacyjne okresu Meiji dotyczące prawa cywilnego

3.1. Podstawy prawne i ideologiczne tzw. wielkiej kodyfikacji

Wraz z końcem 250-letniej izolacji japońskie elity rządzące zostały skonfrontowane z krytycznym problemem, jakim było zachowanie niepodległości kraju w obliczu zagrożenia ze strony europejskich mocarstw i Stanów Zjednoczonych wynikającego z ich kolonialnych aspiracji. Dzięki restauracji władzy cesarskiej, obaleniu szogunatu i ograniczeniu wpływów feudalnych panów w lokalnej administracji Japonia uzyskała możliwość przeprowadzenia gruntowych reform ustrojowych, gospodarczych i społecznych. Debata nad potencjalnym kształtem zmian doprowadziła do wniosku, że jedyną metodą na wyjście z zacofania jest adaptacja nowoczesnego kapitalizmu⁵⁴. Po etapie całkowitego odrzucenia Zachodu rządzące krajem elity podjęły świadomą decyzję o westernizacji, tj. przyjęciu zachodnich wzorców politycznych i społecznych. Rok 1868, kiedy doszło do objęcia władzy przez cesarza Mutsuhito, wyznaczał początek rewolucji Meiji (jap. *Meiji ishin*), ery oświecenia, która również miała miejsce w japońskim systemie prawa⁵⁵.

Zapowiedź gruntowych zmian w systemie prawa została zapowiedziana już w składającej się z pięciu punktów Karcie przysięgi (jap. *Gokajō no Goseimon*), którą cesarz promulgował w dniu 7 kwietnia 1868 r. podczas oficjalnej ceremonii wyniesienia na tron i przekazania władzy. We wstępie do Karty, który można traktować jako jednozdaniową preambułę, Mutsuhito wyraźnie określał najważniejsze cele polityczne reform, jakimi miały być zapewnienie bogactwa narodowego na szeroką skalę, a także uchwalenie konstytucji i pozostałych praw. Stosunek do dotychczas obowiązującego prawa został przedstawiony w punkcie czwartym. Nakazywał on na zerwanie ze „złymi zwyczajami przeszłości” i usunięcie „wszystkiego co zostało ustanowione na podstawie praw natury”⁵⁶. Deklaracja ta jednoznacznie określała program reformy systemu prawa, który miał nie tylko odejść od prymatu prawa zwyczajowego, ale także wielowiekowych rodzimych

⁵⁴ *Ibidem*, s. 77.

⁵⁵ W. Röhl, *History of Law in Japan since 1868*, Brill, Leiden–Boston 2005, s. 166.

⁵⁶ 五箇条の御誓文 (jap. *Gokajō no Goseimon*, pol. *Pięciopunktowa pisemna przysięga*), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912, s. 81.

tradycji. Zapowiedź usunięcia starych praw dotyczyła także całego wcześniejszego dorobku japońskiego i chińskiego prawodawstwa. Nowy system prawa miał zostać w całości oparty na prawie pozytywnym, ale uchwalonym w nowych warunkach polityczno-społecznych. Tak radykalna przebudowa dotyczyła zatem nie tylko gałęzi prawa administracyjnego i karnego, ale także cywilnego, które od początków istnienia japońskiej państwowości nie doczekało się żadnych, nawet częściowych prób kodyfikacji.

3.2. Próby kodyfikacji prawa cywilnego w latach 1868–1890

Najważniejszą decyzją, przed którą stanęli legislatorzy ery Meiji w 1868 r., był wybór odpowiedniego systemu prawa jako wzoru dla tworzonego w Japonii nowego systemu prawa. Spośród branych pod uwagę Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Francji, wybór padł na tę ostatnią, ponieważ anglo-amerykański system *common law* wydawał się bardziej skomplikowany. Dla porównania francuski dorobek prawny obejmował aż pięć kodeksów napoleońskich, które w dodatku były sprawdzone w praktyce. Już w 1869 r. japoński rząd podjął decyzję o przetłumaczeniu kodeksu karnego, a następnie cywilnego z języka francuskiego⁵⁷. Zadanie to zostało powierzone Rinshō Mitsukuri, który pochodził z uznanej rodziny naukowców wcześniej zatrudnionych w administracji szogunatu. Wybór ten nie był przypadkowy. Ówczesnie zaledwie 23-letni Japończyk był absolwentem nauk zachodnich (jap. *rangaku*) i w 1867 r. jako część japońskiej delegacji wziął udział w Wystawie Paryskiej (fr. Exposition universelle d'art et d'industrie de 1867), poznając kraj, którego system prawa miał być dla Japonii wzorem do naśladowania. Dzięki bardzo dobrej znajomości języka francuskiego Mitsukuri w krótkim czasie zakończył tłumaczenie kodeksu karnego, który w styczniu 1870 r. ukazał się drukiem⁵⁸.

Dużo większym problemem dla Mitsukuriego miało okazać się przetłumaczenie kodeksu cywilnego. Największe trudności pojawiły się przy cywilistycznej terminologii prawniczej. Wiele francuskich pojęć nie posiadało swoich odpowiedników w japońskim systemie prawa, dlatego też Mitsukuri musiał intuicyjnie stworzyć je w ojczystym języku, nie mając pewności czy oddają one właściwie sens francuskiego kodeksu. Przykładem takich terminów były podstawowe dla całej gałęzi prawa cywilnego *kenri* (*ius*, prawo, uprawnienie) i *gimu* (*obligatio*, zobowiązanie). Niezależnie od problemów natury językowej i prawniczej niektórzy autorzy wskazują, że Mitsukuri otrzymał polecenie od członka cesarskiego rządu, Shimpei Etō, polecenie przetłumaczenia francuskiego ko-

⁵⁷ K. Takayanagi, *A Century of Innovation. The Development of Japanese Law, 1868–1961*, [w:] H. Tanaka (red.), *The Japanese Legal System. Introductory Cases and Materials*, University of Tokyo Press, Tōkyō 1994, s. 168–169.

⁵⁸ R. Mitsukuri, *Furansu Hōritsusho: Keihō* (pol. *Francuskie prawo stanowione: Prawo karne*), Daigaku Nankō, Tōkyō 1870.

deksu cywilnego tak szybko, jak to tylko możliwe, „nie zwracając uwagi na błędy”. Gotowy kodeks miał zostać błyskawicznie wprowadzony w życie poprzez zastąpienie określenia „francuski” przymiotnikiem „japoński”⁵⁹.

Mitsukuri zakończył przekład na początku 1871 r., a już na wiosnę tego samego roku efekt jego prac ukazał się drukiem⁶⁰. Pomimo pierwotnych zamiarów bezpośredniego stosowania francuskiego kodeksu cywilnego nie wszedł on w życie jako prawo z powodu problemów interpretacyjnych. Inicjatywę nad stworzeniem kodeksu cywilnego dla Japonii przejął Shimpei Etō, który obejmując w 1872 r. tekę Ministra Sprawiedliwości, przyjął w lipcu Uchwałę prawa cywilnego (jap. *Mimpō ketsugi*), ustanawiając Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy ministerstwie⁶¹. Do pomocy w przygotowaniu tekstu kodeksu zaproszono ponadto francuskiego jurystę, George’a Bousqueta, który przybył do Japonii jako doradca prawny rządu cesarskiego⁶². W krótkim czasie przygotował on wspólnie z japońskimi prawnikami Prowizoryczny kodeks cywilny (jap. *Mimpō karihōsoku zen*) składający się ze wstępu (6 artykułów) i części demonstracyjnej (88 artykułów). Pod względem założeń i konstrukcji był on jednak w dalszym ciągu wierną kopią francuskiego Code Civil i podobnie jak tłumaczenie Mitsukuriego nie wszedł w życie⁶³.

W 1874 r. Shimpei Etō, niezadowolony z kierunku polityki prowadzonej przez cesarza, zrezygnował z funkcji Ministra Sprawiedliwości i zorganizował antyrządowe powstanie w prefekturze Saga. Japońskie siły porządkowe w ciągu miesiąca stłumiły rozruchy, Etō zaś został skazany na śmierć⁶⁴. Po jego egzekucji prace nad kompilacją kodeksu cywilnego dla Japonii były kontynuowane przez Mitsukuriego i Michiteru Mutachiego pod nadzorem nowego Ministra Sprawiedliwości, Takatō Ōkiego⁶⁵. Prace zespołu zakończyły się w 1878 r., lecz ponownie ich efekt polegał na przetłumaczeniu francuskiego Code Civil i próbach poszukiwania optymalnej ścieżki jego implementacji do japońskiego systemu prawa.

Problem ze stworzeniem optymalnego kodeksu cywilnego miał zostać rozwiązany przez profesora Wydziału Prawa Uniwersytetu Paryskiego, Gustava E. Boissonade’a,

⁵⁹ K. Takayanagi, *op. cit.*, s. 174.

⁶⁰ R. Mitsukuri, *Furansu Hōritsusho: Mimpō* (pol. *Francuskie prawo stanowione: Prawo cywilne*), Daigaku Nankō, Tōkyō 1870.

⁶¹ Zob. T. Najita, *The Intellectual Foundations of Modern Japanese Politics*, University of Chicago Press, Chicago 1980.

⁶² <http://fracademic.com/dic.nsf/frwiki/1946361>, [dostęp: 03.05.2018].

⁶³ 民法仮法則 全 (jap. *Mimpō karihōsoku zen*, pol. *Prowizoryczny Kodeks Cywilny*), http://dl.ndl.jp/info:ndljp/pid/2937518?_lang=en, [dostęp: 04.03.2018].

⁶⁴ Zob. T. Suzuki, *Etō Shimpei to Meiji ishin* (pol. *Rewolucja Meiji i Shimpei Etō*), Asahi Shinbunsha, Tōkyō 1989.

⁶⁵ T. Taniguchi, K. Ishida (red.), *Shimpan Chūshaku Mimpō (I) Sōsoku (I) Kaitei han* (pol. *Nowe wydanie komentarza do prawa cywilnego (I) Część ogólna (I)*, wyd. uzupełnione), Yūhikaku, Tōkyō 2002, s. 10.

który w 1873 r. przybył do Japonii w celu pomocy przy modernizacji miejscowego systemu prawa⁶⁶. Swoją pracę legislacyjną Francuz rozpoczął od przygotowania projektów kodeksu karnego i postępowania karnego. Propozycję obu aktów przedstawił w języku francuskim w 1877 r. Po przetłumaczeniu na język japoński i zatwierdzeniu przez Radę Stanu (jap. *Daijōkan*), zostały one promulgowane w 1880 r. Weszły w życie dwa lata później jako pierwsze nowoczesne kodeksy zastosowane w Japonii⁶⁷. Zadowolenie cesarskiego rządu z pracy Boissonade'a sprawiło, iż w 1879 r. otrzymał on także polecenie przygotowanie projektu kodeksu cywilnego.

Potrzebę uchwalenia jednolitego kodeksu cywilnego rozumiał również Ōki, który zamierzał przyspieszyć prace legislacyjne. Po awansowaniu w lutym 1880 r. na członka Rady Starszych (jap. *Genrō*), Japończyk został w kwietniu mianowany Przewodniczącym Komisji Kodyfikacyjnej Kodeksu Cywilnego⁶⁸. Zamiarem Ōkiego było skoncentrowanie całego wysiłku na przygotowywanym przez Boissonade'a projekcie. Francuz osobiście zajął się projektem dotyczącym prawa własności. Prawo rodzinne i prawo spadkowe zostały pozostawione prawnikom japońskim, ponieważ materie te były ściśle związane z tradycyjnym prawem zwyczajowym, lecz pomimo tego Boissonade miał także pośredni wpływ na te części. Stosując metodę porównawczą oraz studiując francuską teorię i praktykę prawa cywilnego, próbował harmonizować je z osiągnięciami ustawodawczymi, sądowymi i doktrynalnymi innych krajów. Francuz był świadomy tego, że Japonia nie może tylko recypować czystego prawa japońskiego lub francuskiego. Jego intencją było, aby Japończycy przyjęli prawo cywilne francuskie tylko do tego stopnia, na ile sprawdziło się ono już w praktyce francuskiej⁶⁹.

Swoją propozycję Boissonade przedstawił stopniowo w latach 1882–1889, publikując w tym czasie łącznie pięć tomów projektu kodeksu dla Japonii wraz ze swoim komentarzem⁷⁰. Przedstawiony przez Francuza tekst został przetłumaczony na język japoński i poddany procedurze legislacyjnej. Pierwszą część kodeksu promulgowano 21

⁶⁶ Zob. Y. Ōkubo, *Nihon Kindaihō no Chichi Bowasonādo* (pol. *Boissonade: Ojciec współczesnego japońskiego prawa*), Iwanami Shoten, Tōkyō 1977.

⁶⁷ A. Kość, *op. cit.*, s. 79; 刑法 明治13年太政官布告第36号 (jap. Keihō Meiji 13-nen Daijōkan Fukoku Dai 36-gō, pol. Kodeks karny, Proklamacja Rady Stanu nr 36 13 roku ery Meiji), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787960/80>, [dostęp 04.03.2018]; 治罪法 明治13年太政官布告第37号 (jap. Chizaihō Meiji 13-nen Daijōkan Fukoku Dai 37-gō, pol. Kodeks postępowania karnego, Proklamacja Rady Stanu nr 37 13 roku ery Meiji), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787960/80>, [dostęp 04.03.2018].

⁶⁸ *Meiji Daijin no fujin: Ōki Takatō* (pol. *Ministrowie Meiji: Takatō Ōki*), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/778815/111>, [dostęp 04.03.2018].

⁶⁹ A. Kość, *op. cit.*, s. 79; G. Boissonade, *École de droit de Jedo*, „Revue de Législation” 1874. Zob. L. Górnicki, *Kodyfikacja prawa prywatnego*, [w:] Safjan M. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

⁷⁰ G. Boissonade, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon*, t. 1–5, Sōbunkan Shoten, Tōkyō–Paris 1882–1889.

kwietnia 1890 r., drugą zaś 7 października tego samego roku⁷¹. Składający się łącznie z 1762 artykułów podzielonych na pięć ksiąg kodeks miał wejść w życie w dniu 1 stycznia 1893 r.⁷² Wbrew wcześniejszym obawom nie był on kolejną kopią Code Civil. Wprawdzie dominowały w nim elementy francuskiego systemu prawa i jego naczelné wartości, jednak widoczny był także dorobek niemieckich legislatorów tworzących BGB, z którego czerpał Boissonade. Choć mogłoby wydawać się, że dzieło Boissonade'a i jego japońskich współpracowników zwieńczyło ponad 20-letni proces tworzenia kodeksu cywilnego, autorów tzw. Starego Kodeksu Cywilnego (jap. *Kyū Mimpō*) czekało duże rozczarowanie. Jeszcze przed jego promulgacją w środowisku japońskich prawników pojawiły się wątpliwości związane z jego praktyczną przydatnością, a przede wszystkim z założeniami ideologicznymi. Szczególnej krytyce poddano niedostateczne uwzględnienie w projekcie japońskiego prawa zwyczajowego, które stało się przedmiotem badań dla japońskich jurystów skupionych w szkołach *common law*⁷³. W krótkim czasie debata ta przerodziła się w spór nad ogólnym kształtem kodeksu cywilnego (jap. *Mimpōten ronsō*), w którym udział wzięły stronnictwa reprezentujące swoje szkoły prawa⁷⁴. Jej skutkiem była podjęta w 1892 r. decyzja o przesunięciu wejścia w życie Kodeksu cywilnego aż do 1898 r. w celu ustalenia wspólnego stanowiska satysfakcjonującego wszystkie główne strony sporu.

4. Zamiast zakończenia – Nowy kodeks cywilny

Spór nad Starym kodeksem cywilnym doprowadził do powołania w 1893 r. kolejnej Komisji Kodyfikacyjnej, której zadaniem było przygotowanie nowego projektu kodeksu cywilnego. Jego działalność miała opierać się na krytycznej analizie dzieła Boissonade'a przy jednoczesnym uwzględnieniu i implementowaniu uwag przedstawianych przez japońskich jurystów. Wstępny szkic nowego kodeksu został przedłożony w 1895 r. Prace nad trzema pierwszymi księgami (1. – Zasady ogólne, 2. – Prawo rzeczowe, 3. – Zobowiązania) zakończono w 1896 r., podczas gdy pozostałe dwie (4. – Prawo rodzinne, 5. – Spadki) dokończono w 1898 r. Tego samego roku wszedł w życie jako pierwsza w historii nowoczesna kodyfikacja japońskiego prawa cywilnego.

⁷¹ 明治23年4月21日法律第28号 (jap. Meiji 23-nen 4-gatsu 21-nichi Hōritsu Dai 28-gō, pol. Akt prawny Nr 28 z dnia 21 kwietnia 23 roku ery Meiji); 明治23年10月7日法律第98号 (jap. Meiji 23-nen 10-gatsu nanoka Hōritsu Dai 98-gō, pol. Akt prawny Nr 98 z dnia 7 października 23 roku ery Meiji), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787979/504>, [dostęp 03.03.2018].

⁷² *Nihon Roppō Zensho* (pol. *Całościowy Zbiór Sześciu Praw Japonii*), t. 1, Shinzansha, Tōkyō 1890, s. 128.

⁷³ M. Tani, *Bengōshi no tanjō to sono haikai (7) Meiji jidai chūki no hōsei to menkyō daigen'nin no katsuyaku* (pol. *Narodziny zawodu prawnika i jego tło (7) Ustawodawstwo środkowego okresu ery Meiji i aktywność licencjonowanej adwokatury*), „Matsuyama Daigaku Ronshū” 1971, Nr 3/22, s. 265.

⁷⁴ Więcej na temat historii szkół prawa w Japonii: M.A. Piegzik, *Rozwój szkół prawa w Japonii w okresie ery Meiji*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, vol. 5, no. 1, s. 69–84.

Prace nad kodyfikacją japońskiego kodeksu cywilnego trwały ponad 30 lat. W tym czasie w Japonii zostały przeprowadzone gruntowne reformy systemowe, które pozwoliły na odejście od feudalizmu i wkroczenie w rewolucję przemysłową na równi z innymi światowymi mocarstwami. W ciągu zaledwie trzech dekad poglądy na temat kształtu japońskiego prawa cywilnego ewoluowały w środowisku japońskich elit rządzących i współpracujących z nimi jurystów. Początkowo modelem wzorcowym był model francuski, lecz pierwsze prace nad tłumaczeniem Kodeksu Napoleona zakończyły się niepowodzeniem z powodu olbrzymich różnic dzielących Francję i Japonię. Również zmodyfikowany, wzbogacony o tradycyjne japońskie instytucje prawa rodzinnego i spadkowego kodeks Boissonade'a, nie sprostał oczekiwaniom rządu i reprezentantów szkół prawa cywilnego. W zaistniałych wówczas uwarunkowaniach politycznych, prawnych społeczno-gospodarczych oraz kulturowych Japonii żaden z wiodących modeli kodyfikacyjnych prawa cywilnego nie był możliwy wprost do zastosowania. Ujawnił to w pełni spór o kształt kodeksu cywilnego toczący się w latach 1889–1892, który doprowadził do odejścia od podjętej pierwotnie próby recepcji modelu francuskiego. Ostatecznie więc kodeks cywilny – co stanowiło najlepsze możliwe rozwiązanie – oparł się nie tylko na wzorcu francuskim, z uwzględnieniem tradycji prawa japońskiego, ale i na wzorcu niemieckim oraz angielskim.

Bibliografia

Źródła

- 異国船打払令 (jap. *Ikokusen Uchiharairei*, pol. Akt dotyczący odstraszenia obcych statków), http://archives.pref.yamaguchi.lg.jp/user_data/upload/File/ags/3-3-6-010.pdf, [dostęp: 25.02.2018].
- Archief Nederlandse Factorij Japan: NFJ 57 (KA 11687), Dagregister des Comptoirs Nangazackij van de jaaren 1642/43 en 1644.
- 治罪法 明治13年太政官布告第37号 (jap. *Chizaihō Meiji 13-nen Daijōkan Fukoku Dai 37-gō*, pol. Kodeks postępowania karnego, Proklamacja Rady Stanu Nr 37 13 roku ery Meiji), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787960/80>, [dostęp 04.03.2018].
- 五箇条の御誓文 (jap. *Gokajō no Goseimon*, pol. Pięciopunktowa pisemna przysięga), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Tōkyō 1912.
- Iezusu Kai, 日葡辞書 (jap. *Nippo Jisho*, pol. *Słownik japońsko-portugalski*), Nagasaki 1603.
- 攘夷勅命 (jap. *Jōi Chokumei*, pol. Rozkaz Wydalenia Barbarzyńców), bakumatu.727.net/bakumatu/tuushi-b3-kamogyoko.htm#taikyo, [dostęp: 21.02.2018].
- 刑法 明治13年太政官布告第36号 (jap. *Keihō Meiji 13-nen Daijōkan Fukoku Dai 36-gō*, pol. Kodeks karny, Proklamacja Rady Stanu Nr 36 13 roku ery Meiji), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787960/80>, [dostęp 04.03.2018].
- Kitabatake C., 神皇正統記 (jap. *Jinnō Shōtōki*, pol. Kronika autentycznej linii boskich cesarzy), <http://www.j-texts.com/chusei/rek/jinno.html>, [dostęp: 26.02.2018].

- 明治23年4月21日法律第28号 (jap. Meiji 23-nen 4-gatsu 21-nichi Hōritsu Dai 28-gō, pol. Akt prawny Nr 28 z dnia 21 kwietnia 23 roku ery Meiji), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787979/504>, [dostęp 03.03.2018].
- 明治23年10月7日法律第98号 (jap. Meiji 23-nen 10-gatsu nanoka Hōritsu Dai 98-gō, pol. Akt prawny Nr 98 z dnia 7 października 23 roku ery Meiji), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/787979/504>, [dostęp 03.03.2018].
- 民法仮法則 全 (jap. Mimpō karihōsoku zen, pol. Prowizoryczny Kodeks Cywilny), http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/2937518?__lang=en, [dostęp: 04.03.2018].
- 日本國米利堅合衆國和親條約 (jap. Nihonkoku-Meriken Gasshūkoku Washin Jōyaku, pol. Traktat Przyjaźni między Japonią a Stanami Zjednoczonymi), http://www.ndl.go.jp/modern/img_1/002/002-0011.html, [dostęp: 25.02.2018].
- 日本國米利堅合衆國修好通商條約 (jap. Nihonkoku-Meriken Gasshūkoku Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Stanami Zjednoczonymi), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912.
- 日英修好通商条約 (jap. Nichiei Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Wielką Brytanią), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912.
- 日露修好通商条約 (jap. Nichiro Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Rosją), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912.
- 日蘭修好通商条約 (jap. Nichiran Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Holandią), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912.
- 日仏修好通商条約 (jap. Nichifutsu Shūkō Tsūshō Jōyaku, pol. Traktat przyjaźni i wymiany handlowej między Japonią a Francją), [w:] *Hōrei Zenshū* (pol. *Zbiór prawa*), t. Keiō 3-nen, Shinzansha, Tōkyō 1912.
- Nihon Roppō Zensho* (pol. *Całościowy Zbiór Sześciu Praw Japonii*), t. 1, Tōkyō 1890.
- Rossijskij Gosudarstwennyj Archiw Driewnich Aktow (RGADA), F.7, op. 1, d. 2539, *Zapiska brigadira Niemcowa ob otprawlenii ekspiedicyj na Kurilskije ostrowa. 5 diekabria 1779 goda*.
- 徳川家康征夷大將軍補任の宣旨 (jap. Tokugawa Ieyasu Sei'i Taishōgun Bunin no Senji, pol. *Pisemne cesarskie polecenia mianowania Ieyasu Tokugawy na Wielkiego Szoguna*), Inskrypcja w Nikkō Tōshōgū.
- 天正十五年六月十八日付覚 (jap. Tenshō jūgonen, rokugatsu, jūhachi hidzuke satori, pol. Akt 18 dnia 6 miesiąca 15 roku ery Tenshō), [w:] H. Yamamoto (red.), *Totoyomi Hideyoshi no komonjo* (pol. *Stare dokumenty Hideyoshiego Totoyomi*), Kashiwa Shobō, Tōkyō 2015.

Opracowania

- Abe T., Rejaunier J., *Japan's Hidden Face: A Call for Radical Change in Japanese Society & Commerce*, Philadelphia BainBridge Books, Philadelphia 1998.
- An'no M., *Bateren Tsuihōrei: 16-seki no nichitō taiketsu* (pol. *Bateren Tsuihōrei: 16-wieczna rywalizacja Japonii z zachodem*), Nihon Editā Sukūru Shuppanbu, Tōkyō 1989.
- Asaji K., *17-seiki Ōsutoria kizoku ni tote no „Ōsaka-zu byōbu” no nedan* (pol. *Cena „Parawanu Osaki” według 17-wiecznego austriackiego arystokraty*), [w:] *Kokusai shimpoijumu hōkokusho: shinhakken*

- „*Toyotomi ki Ōsaka-zu byōbu*” no miryoku (pol. Czar nowoodkrytego „Parawanu Osaki czasów Toyotomiiego”, zapis międzynarodowego sympozjum), Ōsaka 2009.
- Barratt G., *Russia in Pacific Waters: 1715–1825*, UBC Press, Vancouver 2014.
- Boissonade G., *École de droit de Jedo*, “Revue de Législation” Paris 1874.
- Boissonade G., *Projet de code civil pour l’Empire du Japon*, t. 1–5, Sōbunkan Shoten, Tōkyō-Paris 1882–1889.
- Chen J., *Chinese Law: Context and Transformation: Revised and Expanded Edition*, Leiden Boston Brill Nijhoff, Boston 1966.
- Cooper M., *Rodrigues The Interpreter: An Early Jesuit in Japan and China*, Weatherhill, New York 1974.
- Cullen L.M., *A History of Japan: 1582–1941*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Denney J., *Respect and Consideration: Britain in Japan 1853–1868 and Beyond*, Radiance Press, Leicester 2011.
- Ellis R.R., *The Best Thus Far Discovered: The Japanese in the Letters of Francisco Xavier*, “Hispanic Review” 2003, vol. 71, no. 2.
- Farris W.W., *Sacred Texts and Buried Treasures: Issues in the Historical Archaeology of Ancient Japan*, University of Hawai’i Press, Honolulu 1998.
- Gordon A., *A Modern History of Japan: from Tokugawa Times to the Present*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Górnicki L., *Kodyfikacja prawa prywatnego*, [w:] Sařjan M. (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego. Tom 1*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Hall J.W., *Japan: From Prehistory to Modern Times*, A Delta Book, Ann Arbor 1991.
- Hall J.C., *The Tokugawa Legislation*, Yokohama 1910.
- Hammer J., *Yokohama Burning: The Deadly 1923 Earthquake and Fire that Helped Forge the Path to World War II*, Free Press, New York-Toronto-London-Sydney 2006.
- Higashibaba I., *Christianity in Early Modern Japan: Kirishitan Belief and Practice*, Brill, Boston & Köln 2002.
- Ieshika Y., *Tokugawa Yoshinobu*, Yoshikawa Kōbunkan, Tōkyō 2014.
- Ishii S., *Nihon shisō taikai (21) Chūsei seiji shakai shisō* (pol. *Zarys japońskich ideologii (21) Średnio-wieczna myśl społeczno-polityczna*), t. 1, Iwanami Shoten, Tōkyō 1972.
- Iwao S., *Nihon no rekishi „14” sakoku* (pol. *Historia Japonii „14” sakoku*), Chūō kōron Shinsha, Tōkyō 2005.
- Jansen M., *The Making of Modern Japan*, Harvard University Press, Harvard 2000.
- Jidai o toraeru: Shin Nihonshi shiryōshū* (pol. *Uchwycić epokę: Nowy zbiór dokumentów dotyczących historii Japonii*), Kirihara Shoten, Tōkyō 1999.
- Kanda C., *Shimabara no ran* (pol. *Powstanie na Półwyspie Shimabara*), Chūō kōron Shinsha, Tōkyō 2005.
- Katō E., Kanai M. (red.), *Tōkyō Daigaku Shiryōhensan Shohō* (pol. *Przegląd Historiograficzny Uniwersytetu Tokijskiego*), Nr. 19, Tōkyō 2001.
- Keene D., *Emperor of Japan: Meiji and His World: 1852–1912*, Columbia University Press, New York 2002.

- Kość A., *Filozoficzne podstawy prawa japońskiego w perspektywie historycznej*, Redakcja Wydawnictw Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, Lublin 2001.
- Leszczyński L., *Gyoseishido w japońskiej kulturze prawnej. Nieformalne działania administracji a prawo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1996.
- Medzini M., *French Policy in Japan during the Closing Years of the Tokugawa Regime*, Cambridge University Press, Cambridge 1971.
- Meiji Daijin no fujin: Ōki Takatō (pol. *Ministrowie Meiji: Takatō Ōki*), <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/778815/111>, [dostęp 04.03.2018].
- Mitsukuri R., *Furansu Hōritsusho: Keihō* (pol. *Francuskie prawo stanowione: Prawo karne*), Daigaku Nankō, Tōkyō 1870.
- Mitsukuri R., *Furansu Hōritsusho: Mimpō* (pol. *Francuskie prawo stanowione: Prawo cywilne*), Daigaku Nankō, Tōkyō 1870.
- Mizutani K., *Boshin sensō to chōtekihan: Haisha no ishinshi* (pol. *Wojna boshin i zradzieckie hany: historia przegranych okresu rewolucji Meiji*), Yagi Shoten, Tōkyō 2001.
- Nagazumi Y., *Sakoku o minaosu* (pol. *Ponowne spojrzenie na sakoku*), Yamakawa Shuppansha, Tōkyō 1999.
- Najita T., *The Intellectual Foundations of Modern Japanese Politics*, University of Chicago Press, Chicago 1980.
- Nakamura K., *Tokugawa Ieyasu kōden* (pol. *Oficjalna biografia Ieyasu Tokugawy*), Tōshōgū Shamusho, Nikkō 1965.
- Ōkubo Y., *Nihon Kindaihō no Chichi Bowasonādo* (pol. *Boissonade: Ojciec współczesnego japońskiego prawa*), Iwanami Shoten, Tōkyō 1977.
- Pałasz-Rutkowska E., *Cesarz Meiji (1852–1912). Wizerunek władcy w modernizowanej Japonii*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012.
- Perry M.C., *Narrative of the expedition of an American Squadron to the China Seas and Japan*, Tucker, Washington 1856.
- Piegzik M.A., *Rozwój szkół prawa w Japonii w okresie ery Meiji*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2016, vol. 5, no. 1.
- Röhl W., *History of Law in Japan since 1868*, Brill, Leiden–Boston 2005.
- Ruiz J.G. de Medina, *Documentos del Japón: 1547–1557*, Instituto Historico de la Compania de Jesus, Roma 1990.
- Sekcja Spraw Ogólnych Sekretariatu Ministra Sprawiedliwości (red.), *Tokugawa kinreikō* (pol. *Myśl prawa dotyczącego zakazów ery Tokugawa*), tom wydzielony, Shihosho Chosaka, Tōkyō 1961.
- Shimizu H., Shimizu Y., *Kirishitan kankei hōsei shiryō* (pol. *Materiały z historii prawa dotyczącego chrześcijan*), Sōkyū Shuppan, Hachiōji 2002.
- Sims R.L., *French Policy Towards the Bakufu and Meiji Japan: 1854–95*, Japan Library, Richmond 1998.
- Sogabe S., *Nicchū ritsuryō ron* (pol. *Debata nad chińsko-japońskim prawem administracyjno-karnym*), Yoshikawa Kobunkan, Tōkyō 1995.
- Suzuki T., *Etō Shimpei to Meiji ishin* (pol. *Rewolucja Meiji i Shimpei Etō*), Asahi Shinbunsha, Tōkyō 1989.
- Takano K., *Tokugawa Yoshinobu: kindai Nihon no enshutsusha* (pol. *Yoshinobu Tokugawa: inscenizator współczesnej Japonii*), Nihon Hōsō Shuppan Kyōkai, Tōkyō 1997.

- Takayanagi K., *A Century of Innovation. The Development of Japanese Law, 1868–1961*, [w:] Tanaka H. (red.), *The Japanese Legal System. Introductory Cases and Materials*, University of Tokyo Press, Tōkyō 1994.
- Takayanagi M., Rizō T. (red.), *Kadogawa Nihonshi jiten* (pol. *Słownik historii Japonii Kadogawa*), Kadokawa Shoten, Tōkyō 1995.
- Tanaka H., „*Bansha no goku*” no subete (pol. *Wszystko o „Więzieniu barbarzyńskiego świata”*), Yoshikawa Kōbunkan, Tōkyō 2011.
- Tani M., *Bengōshi no tanjō to sono haikai (7) Meiji jidai chūki no hōsei to menkyo daigen'nin no katsuyaku* (pol. *Narodziny zawodu prawnika i jego tło (7) Ustawodawstwo środkowego okresu ery Meiji i aktywność licencjonowanej adwokatury*), „*Matsuyama Daigaku Ronshū*” 1971, Nr 3/22.
- Taniguchi T., Ishida K. (red.), *Shimpan Chūshaku Mimpō (1) Sōsoku (1) Kaitei han* (pol. *Nowe wydanie komentarza do prawa cywilnego (1) Część ogólna (1)*, wyd. uzupełnione), Yūhikaku, Tōkyō 2002.
- Walker B.L., *Foreign Affairs and Frontiers in Early Modern Japan: a Historio-graphical Essay*, “*Early Modern Japan: An Interdisciplinary Journal*” 2002, No. 2/10.

Anna Tomza
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

*Nie cieszy mnie upolitycznienie
procesu nominacji sędziowskich
w moim kraju.
Jednak szczerze wolę je od alternatywy,
jaką są rządy sędziowskiej arystokracji¹.*

Antonin G. Scalia

Kwestia politycznych nominacji sędziów do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w poglądach Antonina G. Scalii – *In memoriam*

A Matter of Political Nominations of Judges of the Supreme Court
in the United States in Antonin Scalia's opinion – In Memoriam

Streszczenie

Zmarły w 2016 r. sędzia Sądu Najwyższego Antonin G. Scalia uznawany jest za jednego z najsłynniejszych sędziów w historii amerykańskiego sądownictwa. Starając się przybliżyć jego osobę, Autorka analizuje stanowisko sędziego w kwestii politycznych nominacji sędziów Sądu Najwyższego. Artykuł broni tezy, iż konserwatywna postawa sędziego Scalii podążająca za poglądami Ojców Założycieli wyrażała poparcie dla polityzacji trzeciej władzy, a w praktyce realizowana była przez jego oryginalistyczną strategię orzekania.

Słowa kluczowe

sędzia Antonin Scalia, nominacje sędziów Sądu Najwyższego USA, demokracja konstytucyjna, oryginalizm

Abstract

Justice Antonin G. Scalia, who died in 2016, is recognized as the most famous justice in the history of American judiciary. Trying to introduce his person more closely, the author analyses his opinions

¹ A.G. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as Moral*, Warsaw, August 24, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf>, 2009, s. 37.

on the matter of political nominations of the judges of the Supreme Court and then shows that Scalia's conservative ideology, following the Founding Fathers' opinions, expresses the support for the politization of the third power, which was realized by the implication of the original interpretation of the Constitution.

Keywords

Justice Antonin Scalia, nominations of the judges the Supreme Court US, originalism, the constitutional democracy

Wprowadzenie

Stany Zjednoczone Ameryki są najstarszą nowoczesną demokracją konstytucyjną świata. Uzyskanie przez nie niepodległości opisywane jest w literaturze nie tylko jako proces fizycznego uwalniania się od tyrana, ale również jako proces głębokiej rewolucji umysłowej, polegający na przewartościowywaniu poglądów na naturę człowieka, społeczeństwa i państwa².

By dokonać swego rodzaju przewrotu ideologicznego, filadelfijscy dygnitarze wolności musieli nakłaniać uczestników debaty ratyfikacyjnej do zmiany autorytetów społecznych oraz wyznawanych wartości³. Owocem ich miała być Konstytucja Stanów Zjednoczonych. Licząca już ponad dwieście lat, w założeniu jej Twórców stanowi manifest woli nieprzerwanego trwania narodu w niepodległości⁴. Źródłem i inspiracją dla Ojców Założycieli (*The Founding Fathers*) były poglądy Monteskiusza, Johna Locke'a, a także Davida Hume'a⁵. To bowiem ci wielcy myśliciele, kierując się filozofią zdrowego rozsądku (*common sense*), przeciwstawiali się w swych Traktatach arbitralnej władzy.

Doniosły, nieco patetyczny ton powstawania Konstytucji Stanów Zjednoczonych stał się w naukach historyczno-prawnych chętnie analizowanym zagadnieniem, począwszy od zarysu biografii Ojców Założycieli, skończywszy na historycznych, szczegółowych opisach ratyfikacji Konstytucji⁶. Z racji przyjętego ustroju, który zapewnia Ameryce niebywałą sławę, problematyka amerykańskiej demokracji konstytucyjnej jest często podejmowanym tematem, a w szczególności kwestie wyborów do władzy wyko-

² S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, *Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie*, OSCE, Warszawa 1997, s. 15; H.S. Commager, *The American Mind: An Interpretation of American Thought and Character Since the 1880*, New Haven, Connecticut 1950, s. 5.

³ N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence. Contributors*, Clarendon Press, Oxford 1997, s. 1.

⁴ W. Osiatyński, *Wizje Stanów Zjednoczonych w listach Ojców Założycieli*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1977, s. 8.

⁵ R.M. Małajny, *Trzy teorie podzielonej władzy*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001, s. 245–246.

⁶ „«Ojcowie Założyciele» to – prócz Washingtona – nie tylko postacie-symbole w historii Stanów Zjednoczonych. I nie tylko pisarze polityczni. Franklin, Jefferson, John Adams, Madison Hamilton – to również główni twórcy amerykańskich instytucji politycznych oraz, jako praktycy, twórcy precedensowych sposobów korzystania z tych instytucji. W swoich pismach i działalności stworzyli oni – jakże zróżnicowane – wizje nowego porządku w «Nowym Świecie»; wizje, których elementy złożyły się na amerykańską tradycję ideowo-polityczną i żyją w niej po dzień dzisiejszy” – W. Osiatyński, *op. cit.*, s. 9.

nawczej oraz ustawodawczej. Z punktu widzenia teoretyka prawa powyższe zagadnienia, choć niezwykle interesujące, nie rodzą istotnych problemów badawczych. Inaczej rzecz się przedstawia w kwestii wyborów do trzeciej władzy. Wyrażone w tym zakresie stanowiska, już po pobieżnej analizie, wskazują na zagadnienia warte zbadania.

Jednym z nich, dotąd nieprezentowanym w literaturze polskiej, są poglądy polityczne amerykańskiego sędziego Sądu Najwyższego, Antonina G. Scalii. Występujące dotąd w polskiej teorii prawa prace dotyczące Scalii odnoszą się zwykle do oryginalizmu czy tekstualizmu, metod interpretacji amerykańskiej Konstytucji. Tymczasem poglądy sędziego Sądu dotyczą nie tylko problematyki sądowego stosowania Konstytucji, ale nawiązują także do zasad ustroju amerykańskiej demokracji oraz mechanizmów ją zabezpieczających. Właśnie ich analiza stanowi zasadniczy cel niniejszego artykułu.

1. Antonin G. Scalia

Antonin G. Scalia urodził się 11 marca 1936 r. w Trenton, w stanie New Jersey. Był absolwentem Harvard Law School. Przyszły kandydat na sędziego Sądu Najwyższego od początku kariery prawnika wykazywał się szeroką praktyką zawodową. Na początku lat osiemdziesiątych ubiegłego stulecia Scalia przewodniczył Amerykańskiemu Stowarzyszeniu Prawników (American Bar Association). W okresie prezydentury Geralda Forda zajmował stanowisko zastępcy Prokuratora Generalnego. W latach 1982–1986 był sędzią Sądu Apelacyjnego w Dystrykcie Kolumbii aż do dnia 26 września, kiedy Ronald Regan nominował go na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego. Ten, włoskiego pochodzenia sędzia, w mediach znany był i kojarzony przede wszystkim z ostrych, nieco kontrowersyjnych wypowiedzi na temat prawa i jego stosowania⁷. Wśród prawników praktyków kojarzony był głównie z oryginalistyczną i tekstualną metodą orzekania.

Po objęciu stanowiska sędziego Sądu Najwyższego Scalia swoją refleksją na temat prawa dzielił się w publikacjach oraz na wykładach, zajmując stanowisko profesora prawa na uniwersytecie Virginia, ale i gościnnie w Georgetown oraz Stanford. Wśród teoretyków prawa znany był głównie z poglądów wyrażonych w *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* oraz w *Originalism: The Lesser Evil*. W nich zaprezentował zgrab własnej koncepcji interpretacji prawa, w której czołowa zasada dotyczy dwu-etapowego czytania prawa. Pierwszy etap, nazywany tekstualną interpretacją, polega na takim czytaniu Konstytucji, dzięki któremu sędzia ustala powszechnie znaczenia Konstytucji z czasów, gdy była tworzona. Drugi etap ma miejsce, gdy po tekstualnym czytaniu prawa nie otrzymujemy interpretacji klarownej. W takiej sytuacji poszukiwać należy

⁷ *In Memoriam: Justice Antonin Scalia*. In *In Memoriam* by Cass R. Sunstein, Chief Justice John G. Roberts Jr., John F. Manning & Rachel E. Borkow, „Harvard Law Review” 2016, vol. 130, no. 1 Nov.

oryginalnego znaczenia tekstu, z czasów gdy posługiwali się nim Ojcowie Założyciele⁸. Poglądy sędziego w zakresie takiej interpretacji Konstytucji przysporzyły mu grono zarówno zwolenników, jak i niezłomnych krytyków. Antonin G. Scalia zmarł nagle 13 lutego 2016 r.

2. Trzecia władza a mechanizm *check and balance*

Antonin Scalia, choć kojarzony głównie, jak wspomniano, z oryginalistyczną i tekstualną praktyką orzeczniczą, w swoich rozważaniach podejmował także kwestie dotyczące samej koncepcji państwa. W samej *A Matter of Interpretation* Scalia niejednokrotnie odwołuje się do doktryny Ojców Założycieli (*The Founding Fathers*), a także klasyków myśli politycznej, jak William Blackstone, Joel P. Bishop, Edward Cooke, a nawet Arystoteles⁹. Przełamując zatem pewien standard myślenia o Scalii, warto nieco uwagi poświęcić nieprezentowanym dotąd jego poglądom o polityce prawa.

W literaturze amerykańskiej badacze Scalii są zgodni, że sędzia afirmuje przyjęty w Stanach Zjednoczonych system demokracji konstytucyjnej jako ten, który najmocniej urzeczywistnia i realizuje wolę suwerennego narodu¹⁰. Zdaniem sędziego warunkiem prawidłowego wykonywania władzy w demokracji konstytucyjnej jest zrozumienie jej celu, którym jest wykonywanie i realizacja preferencji społecznych. Walczący o wyzwolenie spod dominacji Korony Brytyjskiej koloniści dążyli do utworzenia takiego państwa, w którym władza będzie *de facto* realizowała wolę narodu. W opinii Scalii realizacja tej woli możliwa jest, jeśli władza wybrana zostanie demokratyczne. Głębsze refleksje sędziego w tej materii najszerzej dotyczyły rzecz jasna wyborów trzeciej władzy.

W jego opinii prawidłowo wybrana trzecia władza musi dążyć do realizacji preferencji społecznych. Zarówno bowiem ta władza, podobnie jak i pozostałe, została wybrana w zgodzie z wolą suwerena. By jednak funkcjonowała poprawnie, musi być zabezpieczona mechanizmem kontrolnym. Tu Scalii podnosił wielokrotnie, iż mechanizmem, który chroni przyszłą realizację woli suwerena, jest proces wyznaczania i zatwierdzania sędziów do Sądu Najwyższego¹¹. W jednej z jego wypowiedzi można było usłyszeć, że nominowanie sędziów musi odbywać się „[...] w wysoce przejrzysty i wysoce polityczny sposób – tak by sędziowskie nominacje stały się ważną kwestią w wyborach prezydenc-

⁸ Amerykańskie media po śmierci sędziego pisały o nim jak o Salomonie, który szukał złotego środka, przez co miał tyleż samo przeciwników co zwolenników.

⁹ A.G. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1998, s. 16, 17, 131.

¹⁰ *Ibidem*, s. 115. Zob. R.E. Barnett, *Scalia's Infidelity. A Critique of Faint-Hearted Originalism*, "University of Cincinnati Law Review" 2006, vol. 75, no. 1, s. 8.

¹¹ A.G. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as Moral*, Warsaw, August 24, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf>, 2009, s. 37, [dostęp 25.02.2018].

kich”¹². Scalia twierdził, że sędziowie federalni i sędziowie Sądu Najwyższego muszą być nominowani przez Prezydenta, a następnie zatwierdzani przez Senat¹³.

Co ciekawe, pogląd o konieczności polityzacji nominacji sędziowskich ma swoje konotacje z wyrażanym stanowiskiem w kwestii maszyny zabezpieczającej wykonywanie woli suwerena przez wszystkie władze¹⁴. Scalia twierdził bowiem, że same polityczne nominacje sędziowskie nie mogą stanowić pełnego zabezpieczenia prawidłowo działających, ale rozdzielonych segmentów władz. Polityczne nominacje to jedynie początek ochrony woli suwerena. W celu zabezpieczenia dalszego, prawidłowego wykonywania władzy na wszystkich poziomach potrzebny jest mechanizm zabezpieczający. Sama polityzacja, bez fundamentalnych zasad i technicznych narzędzi zabezpieczających, nie wystarcza. Wsparciem dla realizacji monteskiuszowsko podzielonej władzy w amerykańskim *common law* jest mechanizm nazwany *check and balance*. Potocznie utożsamiany z zasadą trójpodziału władz, w swej istocie nie polega jednak na rozdzieleniu segmentów władzy po równo ale na wprowadzaniu mechanizmów ochronnych w przypadku prób nadużywania władzy przez którąś z nich.

Za przykład nieprawidłowego działania władzy, która naruszyła mechanizm *check and balance*, Scalia podaje „Bezglową Czwartą Władzę Ameryki”, którą stanowiły „tymczasowe agencje wykonawcze”¹⁵. Utworzone przez Kongres Agencje zarządzane przez ekspertów¹⁶, ignorując założenia i cel polityki nastawionej na realizację preferencji społecznych, znalazły się poza *check and balance*, głównie dlatego, że były poza kontrolą prezydencką. Ich dyrektorzy nie podlegali kierownictwu głowy państwa, a Prezydent nie mógł ich usunąć z urzędu, o ile nie popełnili przestępstwa. Brak wpływu Prezydenta na niezależnie wybrane eksperckie agencje miał co do zasady oddzielić politykę od ekonomii. Kadencje ich członków były rotacyjne, przekraczające kadencję Prezydenta. Bezglowa Czwarta Władza Ameryki upadła, gdyż nie posiadała własnie ochrony wynikającej z procedury *check and balance*. Eksperci, ponieważ nie stanowili części suwerennie ustanowionej władzy, która kontroli tej podlega, pozbawieni zostali ochrony. Co gorsza, nie rozumiejący wagi preferencji społecznych oraz taktyki amerykańskiej teorii polityki eksperci nie byli w stanie rozwiązać stawianych przed nimi zadań. Do końca dwudziestego wieku agencje zostały zatem rozwiązane¹⁷. Ich klęska, zdaniem sędziego, pokazała, że prawidłowa realizacja woli suwerena musi działać jak współgrająca ze sobą w każdym detalu maszyna. Co więcej, przykład porażki ekspertów

¹² *Ibidem*, tłum. A. Legutko-Dybowska.

¹³ R. Post, R. Siegel, *Originalism as Political Practice: The Right's Living Constitution*, https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1170&context=fss_papers [dostęp 25.02.2018], s. 545 i n.

¹⁴ A.G. Scalia, *Mullahs of the West...*, s. 26 i n.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

pokazuje po pierwsze, że nie jest możliwe odseparowanie teorii polityki od taktyki realizacji politycznych preferencji, po drugie zaś, że sztuczna separacja władz narusza mechanizm kontrolny *check and balance*.

W odróżnieniu od sztucznego charakteru tymczasowych agencji polityzacja sądów, przekonuje sędzia, jest naturalnym elementem amerykańskiej demokracji konstytucyjnej. Politycznie wybrany sędzia, w przeciwieństwie do „sztucznie wybranego” eksperta, podlega ochronie mechanizmowi *check and balance*¹⁸, a to za sprawą właśnie politycznej nominacji. Dzięki niej sędzia nabywa ochronę Prezydenta, która w sytuacji, gdy władza ustawodawcza zaczyna hamować zadania Sądu Najwyższego daje mu ochronę. Prezydent, w ramach *check and balance* może stanąć w obronie sędziego. Przykład losu ekspertów służy jako *exemplum* w argumentacji, iż proces politycznych nominacji sędziów Sądu Najwyższego stanowi niezłomną część prawidłowo sprawowanej demokracji konstytucyjnej. Argumentacja ta sprawia wrażenie, że Scalia posiada własną teorię polityki prawa, która nie była dotąd przedmiotem analizy.

3. Pierwsze nominacje sędziowskie – rys historyczny

Od samego początku istnienia Stanów Zjednoczonych nominacje sędziowskie do Sądu Najwyższego miały ogromne znaczenie. Stąd warto poświęcić nieco uwagi ich historii. O wadze wyborów do Sądu Najwyższego wiedział ustępujący Thomasowi Jeffersonowi (antyfederalista) Prezydent John Adams (federalista), który jako pierwszy z siły tych nominacji chciał skorzystać. Na dzień przed ustąpieniem, późną nocą, mianował do składów sędziowskich 82 sędziów, nazwanych później „nocnymi sędziami”¹⁹. Ci, w jego zamysle, mieli stanowić sądową blokadę działań nowego Prezydenta. Na tle administracyjnych potyczek narodził się najsłynniejszy w historii sądownictwa amerykańskiego *hard case*, uznawany nierzadko za genezę instytucji *judicial review*, który rozpoczął się za sprawą wydanego przez *Chiefa* Sądu Najwyższego Johna Marshalla w 1803 r. orzeczenia w sprawie *Marbury v Madison*.

Warto tu choć pokrótce przytoczyć stan faktyczny będący podstawą tego orzeczenia. Obejmujący urząd prezydencki Thomas Jefferson, w obawie przed „twardą” interpretacją Konstytucji dokonywaną przez federalistów, nakazał sekretarzowi stanu Johnowi Madisonowi nie wydawać sędziom oficjalnych dokumentów potwierdzających nominację. William Marbury, którego również sprawa dotyczyła, w odpowiedzi na odmowę złożył pozew do Sądu Najwyższego, w którym domagał się wydania dokumentów albo orzeczenia mandatu. Na podstawie *Judiciary Act* z 1801 r. John Marshall wydał

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Eseje polityczne federalistów*, B. Czerska (tłum.), Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 1999, s. 123 i n.

jednak orzeczenie, które ukształtowało historycznie dalszy rozwój sądownictwa amerykańskiego. *Chief* orzekł bowiem, że *Judiciary Act* jest niezgodny z Konstytucją, a zatem nie ma podstaw do wydania przyszłemu sędziemu dokumentów nominacyjnych.

Od powyższego orzeczenia Marshall opisywany jest w amerykańskiej literaturze przedmiotu jako sędzia przekraczający dyskrejonalność, a ponadto za sprawą jego decyzji debata o Sądzie Najwyższym i roli jego sędziów często odnosi się do problematyki upolitycznienia sędziów.

4. Polityczne nominacje sędziowskie a oryginalistyczna interpretacja Konstytucji

Zarzuty o przekraczanie władzy sędziowskiej nie kończą się na wspomnianym Johnie Marshallu. Współcześnie to Antonin Scalia, jako sędzia wydający często kontrowersyjne decyzje, nierzadko narażał się na krytykę nie tylko prawników, ale i opinii publicznej. Czasem nazywany był nawet nie tylko sędzią aktywistą, ale i agentem Kongresu. Scalia głosił bowiem, iż podstawową rolą sędziego w amerykańskiej demokracji jest realizacja demokratycznie wyrażonych w wyborach preferencji społecznych. Stąd niezwykle istotne jest, jego zdaniem, zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania trzeciej władzy. Proces nominacji na sędziego stanowi właśnie, w jego opinii, jeden z elementów zabezpieczających prawidłowe realizowanie funkcji sędziego. Ów proces określa się mianem polityzacji sądu, która dosłownie oznacza polityczne nominacje sędziowskie, mające zagwarantować ciągłość realizacji założeń amerykańskiej demokracji konstytucyjnej. Rozważania w powyższym zakresie należy rozpocząć od nominacji Scalii na sędziego, która to często określana jest nominacją polityczną. Wielokrotnie zarzucono bowiem Scalii, że broni politycznych ideologii, gdyż nawet na przesłuchaniach senackich nie krył poparcia dla poglądów Ojców Założycieli. Zdaniem sędziego zaś to właśnie za sprawą tych stanowczo wyrażanych poglądów został sędzią i dzięki nim realizują się konserwatywne preferencje społeczne²⁰. Co więcej, dzięki silnym konserwatywnym przekonaniom Scalia ustanowił swoistego rodzaju strategię orzekania sędziowskiego nazwaną oryginalizmem²¹. Do jednolitej strategii orzekania dążył w przekonaniu, iż skład sędziowski mający zbieżne poglądy polityczne ma szansę osiągnięcia szybkiego konsensusu. Proces orzekania staje się prostszy, jeśli cały skład sędziowski, a przynajmniej jego większość, stosuje w praktyce zbieżną interpretację Konstytucji. Praca Sądu Najwyższego w takich warunkach może być spójna i szybka. W przypadku sędziego konsensusem konserwatywnych poglądów i preferencji społecznych jest oryginalizm.

²⁰ A.G. Scalia, *Mullahs of the West...*, s. 37.

²¹ A.G. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, <https://www.law.uc.edu/sites/default/files/Scalia%201988%20Taft%20Lecture.pdf> [dostęp 25.02.2018].

Krótką charakterystyka oryginalistycznej interpretacji Konstytucji Scalia stanowić będzie kolejną część analizy jego poglądów.

We współczesnej amerykańskiej jurysprudencji doniosłe miejsce zajmuje spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. W dyskursie tym wyróżnia się obecnie następujące metody interpretacji: tekstualizm (*textualism*), intencjonalizm (*intentionalism*), oryginalizm (*originalism*) oraz szeroko pojmowany aktywizm sędziowski (*judicial activism*). W każdej z tych metod założenia dotyczące poprawnego rozumienia pojęć konstytucyjnych oparte są na zaczerpniętych z filozofii języka pojęciach dotyczących rozumienia znaczenia „znaczenia” (*meaning of meaning*) słów. Nie wdając się w szczegółową analizę tych koncepcji, gdyż nie stanowią one tu celu badawczego, wyjaśnić należy, że tekstualizm poszukuje tak zwanego powszechnego znaczenia (*plain meaning*), to jest takiego, jakie rozumiane było powszechnie, w czasie, gdy Konstytucja była spisywana. Oryginalizm nakazuje poszukiwanie tak zwanego oryginalnego znaczenia, używanego w debatach publicznych (*original public meaning*). Intencjonalizm zakłada poszukiwanie intencji prawodawcy (*intention*), zaś aktywizm sędziowski dopuszcza możliwość nadawania pojęciom konstytucyjnym znaczenia aktualnie występującego w społeczeństwie, w zgodzie z teorią ewolucji języka.

Sędzia Scalia początkowo wyrażał stanowisko tekstualistyczne, które z czasem rozbudował, dochodząc do własnej koncepcji oryginalizmu. Krótka charakterystyka jego poglądów wyrażać się powinna w stwierdzeniu, iż sędziowie zawsze powinni zachowywać wewnętrzną moralność, dającą się osiągnąć za pomocą oryginalistycznego czytania Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Interpretacja taka zapewnia kontynuację idei Ojców Założycieli wyrażonej w krótkim, ale zasadniczym tekście Konstytucji. Interpretując dwuznaczne czy niezrozumiałe pojęcia konstytucyjne, w celu uniknięcia manipulacji słowem, należy poszukiwać tak zwanego rdzennego znaczenia pojęć użytych w Konstytucji. Nie chodzi tu o znaczenie powszechne, jakie stosuje tekstualizm (*textualism*), w rozumieniu koncepcji *plain meaning* – powszechnego znaczenia, autorstwa sędziego Holmesa, ale o takie na kształt znaczenia rdzennego zawartego w języku Konstytucji, które można odnaleźć w dokumentach około konstytucyjnych, do których wlicza się między innymi Protokoły z Obrad Filadelfijskich. „Słowa mają ograniczony zakres znaczeń – pisze w *A Matter of Interpretation* – i żadna interpretacja idąca dalej poza ten zakres nie jest dopuszczalna”²².

Gdy chodzi o historię legislacyjną danego aktu prawnego, która zdaniem oponentów jest kluczem do poprawnego zrozumienia Konstytucji, Scalia twierdzi, że „[...] jedynie obiektywne znaczenie słów bardziej niż intencja ustawodawcza jest tym, co tworzy pra-

²² A.G. Scalia, *A Matter of Interpretation...*, s. 24, tłum. własne – A.T. W oryginale: „Words do have a limited range of meaning, and no interpretation that goes beyond that range is permissible”.

wo, co prowadzi mnie w sposób oczywisty do wniosku, że historia ustawodawcza nie powinna być używana jako autorytatywna wskazówka ustalenia znaczenia prawa. Wywodzi się to z tradycji angielskiej i stało się tradycyjną amerykańską praktyką”²³. Wierna interpretacja Konstytucji ma wykorzystywać sens i znaczenie pojęć w niej zawartych z czasów, gdy była spisywana i ratyfikowana. Podczas procesu interpretacji należy cofnąć się myślami do okresu, gdy Konstytucja była tworzona, odnaleźć ducha debat konstytucyjnych, a następnie próbować odnaleźć znaczenie tożsame z tym, które zostało użyte podczas jej uchwalania²⁴. Sędziowie, którzy dopuszczają inną od oryginalistycznej interpretację, mogą, zdaniem Scalii, manipulować prawem. By uchronić się przed nią, sędziowie muszą jak najlepiej pojmować oryginalne znaczenie tekstu, by w razie niejasności pojęć nadawać im sens wywodzący się z ich praktycznego, rdzennego użycia²⁵.

Zdaniem Scalii ci, którzy twierdzą, że słowa w większości przypadków nie mają jednego znaczenia, wprowadzają sędziów w błąd, wmawiając im, że niemożliwe jest ustalenie oryginalnego znaczenia. Scalia twierdzi, iż każde słowo ma znaczenie²⁶. Jedyne problemy leżą po stronie praktyki orzekania sędziów stosujących oryginalizm, gdyż w celu odnalezienia poprawnego znaczenia pojęcia konstytucyjnego sędziowie pofatygować się muszą po zapiski z debat Ojców Założycieli²⁷.

Keith Whittington, oponent oryginalistycznej teorii interpretacji prawa w wersji Scalii, twierdzi, że zasada dążenia do ustalenia oryginalnego znaczenia Konstytucji jest tak samo stara jak Konstytucja. Jednak współczesne debaty wykazują, iż jego dzisiejsze rozumienie mija się z jego pierwotnym znaczeniem. W większości przypadków powoływanie się przez sędziów na interpretację w duchu oryginalnym jest spowodowane chęcią nadużycia władzy wynikającej z *judicial review*. Nie taki jednak, jak stwierdza Whittington, przyświecał cel starym oryginalizmowi (*old originalism*). Celem tym było zapoczątkowanie praktyki ustalania znaczenia zasad i wartości wyznawanych przez Ojców Założycieli zawartych w Konstytucji w praktyce orzeczniczej. Oryginalizm bowiem początkowo miał być koncepcją gwarantującą niezmiennność praw zapisanych w Konstytucji nadając sens zawartym w niej faktom prawnym²⁸. Odkrywanie tego sensu miało odbywać się jednak w taki sposób, by zabezpieczyć nienaruszalność znaczeń pojęć użytych w Konstytucji. Teoria oryginalizmu podkreśla bowiem, że Konstytucja jest formą komu-

²³ *Ibidem*, s. 29–30, tłum. własne – A.T. W oryginale „[...] objective indication of the words, rather than the intent of the legislature, is what constitutes the law leads me, of course, to the conclusion that legislative history should not be used as an authoritative indication of a statute’s meaning. This was the traditional English, and the traditional American, practice”.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ W.P. Marshall, *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*, “University of Colorado Law Review” 2002, vol. 73, s. 104.

²⁶ A.G. Scalia, *A Matter of Interpretation...*, s. 24.

²⁷ Zob. L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola 1988, s. 45.

²⁸ W.P. Marshall, *Conservative...*, s. 109.

nikacji czy też instrukcji pochodzącej od prawodawcy, stworzoną dla suwerennego ludu, dlatego interpretacja jej musi być dokonywana w duchu wierności. Interpretator ma zatem za zadanie odkryć z treści Konstytucji, co zrobiłby ustawodawca w określonej sytuacji, czyli jak zastosowałby określony przepis w konkretnej sytuacji.

Warto wspomnieć w tym miejscu, że Ronald Dworkin, dokonując krytycznej analizy koncepcji Scalii, wyróżnił dwa dodatkowe rodzaje oryginalizmu. Są nimi oryginalizm semantyczny (*semantic originalism*) i oryginalizm oczekiwany (*expectations originalism*)²⁹. Jego zdaniem oryginalizm semantyczny nastawia się na odnalezienie językowego znaczenia danego pojęcia, natomiast oczekiwany oryginalizm próbuje ustalić czy też narzucić upragnione znaczenie słów stanowiących interpretację intencji ustawodawcy³⁰. Sędzia, wyposażony w nadludzką wiedzę i wytrwałość, zdaniem Dworkina, jest w stanie wychwycić³¹ i uwarunkowania społeczne, i uwarunkowania polityczne (występujące w danej wspólnotie), a nadto potrafi wytyczyć jedyną słuszną drogę interpretacji. Oryginalizm w ujęciu Dworkina zakłada, że słowa nie mają i nie mogą mieć ograniczonego znaczenia³². Jednak Scalia, broniąc wizji konserwatywnego prawa wspieranego teorią oryginalizmu, takiemu podejściu do słów i roli sędziego, jak wskazano powyżej, wyraźnie zaprzecza³³.

5. Zakończenie

Zaprezentowane powyżej poglądy Antonina G. Scalii wskazują, iż jego poglądy obejmowały szeroką refleksję prawno-polityczną. Jego stanowisko w kwestii ustroju państwa i zasad nim rządzących nazywane jest w amerykańskiej jurysprudencji scializmem i oznacza indywidualną filozofię polityczną, stanowiącą praktyczną realizację ideologii, którą Scalia prezentował już w trakcie przesłuchań senackich³⁴. Zwolennicy sędziego faktowi temu zaprzeczają, a wyrażane przez Scalię poglądy przesadnie teoretyzują³⁵.

Biorąc powyższe stanowiska Scalii pod uwagę, stwierdzić jednak należy, że sędzia posiadał jasną ideologię sądenia, która oczywiście ma znamiona koncepcji politycznej. Jednak ta została wsparta czysto teoretycznymi zasadami interpretacji określonymi przez

²⁹ R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1996, *passim*.

³⁰ A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od tekstualizmu do aktywizmu sędziowskiego*, Jurysprudencja, Łódź 2016, *passim*.

³¹ A.G. Scalia, *A Matter of Interpretation...*, s. 120.

³² R. Dworkin, *op. cit.*, s. 8.

³³ A.G. Scalia, *A Matter of Interpretation...*, s. 144.

³⁴ A.G. Scalia, *Originalism...*, s. 849.

³⁵ E. Hudgins, *The Supreme Court, Scalia, and Restoring the Constitution*, <https://atlassociety.org/commentary/commentary-blog/5941-the-supreme-court-scalia-and-restoring-the-constitution> [dostęp 25.02.2018].

oryginalizm Scalii. Ten zaś stanowi strategię orzekania, której celem jest realizacja politycznej doktryny, nie jest natomiast ideologią polityczną³⁶.

Jednakże z pobieżnej analizy prawnopolitycznych poglądów Scalii wyłania się swoistego rodzaju wizja prawa, która w moim przekonaniu zasługuje na dalszą, szczegółową analizę.

Bibliografia

Literatura

- Barnett R.E., *Scalia's Infidelity. A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, "University of Cincinnati Law Review" 2006, vol. 75, no. 1.
- Dworkin R., *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1996.
- Duxbury N., *Patterns of American Jurisprudence. Contributors*, Clarendon Press, Oxford 1997.
- Commager H.S., *The American Mind: An Interpretation of American Thought and Character Since the 1880*, New Haven, Connecticut 1950.
- Eseje polityczne federalistów*, B. Czerna (tłum.), Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 1999.
- Frankowski S., Goldman R., Łętowska E., *Sąd Najwyższy USA. Prawa i Wolności Obywatelskie*, OSCE, Warszawa 1997.
- In Memoriam: Justice Antonin Scalia. In Memoriam by Cass R. Sunstein, Chief Justice John G. Roberts Jr., John F. Manning & Rachel E. Borkow*, „Harvard Law Review” 2016, vol. 130, no. 1 Nov.
- Małajny R.M., *Trzy teorie podzielonej władzy*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001.
- Marshall W.P., *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*, „University of Colorado Law Review” 2002, no. 73.
- Osiatyński W., *Wizje Stanów Zjednoczonych w listach Ojców Założycieli*, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1977.
- Parrington V.L., *Główne nurty myśli amerykańskiej 1800–1860*, tłum. H. Krzeczkowski, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1970.
- Post R., Siegel R., *Originalism as Political Practice: The Right's Living Constitution*, https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1170&context=fss_papers [dostęp 25.02.2018].
- Scalia A.G., *Assorted Canards of Contemporary Legal Analyses*, „Case Western Reserve Law Review” 1989–1990, vol. 40, no. 3.
- Scalia A.G., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton 1988.
- Teles S.M., *The Rise of the Conservatism Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2008.
- Tomza A., *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od tekstualizmu do aktywizmu sędziowskiego*, Jurysprudencja, Łódź 2016.

³⁶ A.G. Scalia, *Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis*, „Case Western Reserve Law Review” 1989–1990, vol. 40, no. 3, s. 581–597.

Tribe L.H., *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola 1988.

Publikacje internetowe

Hudgins E., The Supreme Court, Scalia, and Restoring the Constitution, <https://atlassociety.org/commentary/commentary-blog/5941-the-supreme-court-scalia-and-restoring-the-constitution> [dostęp 25.02.2018].

Scalia A., *Mullahs of the West: Judges as Moral*, Warsaw, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf> August 24, 2009 [dostęp 25.02.2018].

Scalia A., *Originalism The Lesser Evil*, <https://www.law.uc.edu/sites/default/files/Scalia%201988%20Taft%20Lecture.pdf> [dostęp 25.02.2018].

Whittington K. W. *The New Originalism*, https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/new_originalism_0.pdf [dostęp 25.02.2018].

Maciej Ferenc

*absolwent Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego*

Relacja zasady skuteczności prawa unijnego i prawa do skutecznej ochrony sądowej – konieczność wyważenia dwóch wartości w prawie europejskim na przykładzie (w ramach) funkcjonowania systemu Europejskiego Nakazu Aresztowania (cz. I)¹

Between the principle of effectiveness of EU law and the right to effective judicial protection – the need to balance two values in European law as exemplified by the functioning the European Arrest Warrant mechanism (part I)

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest w szczególności próba odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej respektuje standard prawa do skutecznej ochrony sądowej (wypracowany przede wszystkim przez Europejski Trybunał Praw Człowieka), w ramach obowiązywania mechanizmu Europejskiego Nakazu Aresztowania. Rozważania dotyczyć będą przypadków, w których wystąpił lub mógł wystąpić konflikt pomiędzy zasadą skuteczności prawa unijnego a prawem do skutecznej ochrony sądowej. Innymi słowy, zasadne staje się sprawdzenie, czy Trybunał Sprawiedliwości dopuszcza ograniczenie prawa do skutecznej ochrony sądowej na rzecz pełnego wdrożenia zasady skuteczności prawa unijnego. Relewantne judykaty sądu luksemburskiego pokazują, iż stosowanie w praktyce instrumentu, jakim jest Europejski Nakaz Aresztowania, może budzić poważne wątpliwości. W szczególności w sferze możliwości odmowy jego wykonania. Osią rozważań będą orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się przede wszystkim do takich elementów prawa do skutecznej ochrony sądowej jak: prawo do sądu niezawisłego i bezstronnego, prawo do obrony czy prawo do skutecznego środka prawnego.

Słowa kluczowe

Europejski Nakaz Aresztowania, prawo do skutecznej ochrony sądowej, zasada skuteczności prawa unijnego, Europejska Konwencja Praw Człowieka, Karta praw podstawowych

Abstract

The purpose of this article is, in particular, an attempt to answer the question how the European Court of Justice respects the standard of the right to effective judicial protection, (developed primarily by the

¹ Niniejszy artykuł powstał w oparciu o pracę magisterską napisaną przez autora tekstu pod kierunkiem prof. dra hab. Roberta Grzeszczaka na WPiA UW.

European Court of Human Rights), within functioning the European Arrest Warrant Mechanism. The considerations will concern cases in which a conflict occurred, or a conflict could occur between the principle of effectiveness of European Union law and the right to effective judicial protection. In other words, it becomes legitimate to check whether the Court of Justice permits the restriction of the right to effective judicial protection for the full implementation of the principle of the effectiveness of European Union law. Relevant judgments of the Luxembourg court show that the practical application of the European Arrest Warrant instrument may raise serious doubts, especially in the sphere of the possibility of refusing its execution. The point of the considerations will be the ruling of the Court of Justice relating primarily to such elements of the right to effective judicial protection as the right to an independent and impartial court, the right of defense and the right to an effective remedy.

Keywords

European Arrest Warrant, the right to effective judicial protection, the principle of the effectiveness of EU law, European Convention on Human Rights, Charter of Fundamental Rights

Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TS lub Trybunał) respektuje standard prawa do skutecznej ochrony sądowej (wypracowany przede wszystkim przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, dalej ETPC) w ramach obowiązywania mechanizmu Europejskiego Nakazu Aresztowania (dalej: ENA). Należy podkreślić, iż przesłanki odmowy wykonania ENA były podawane w wątpliwą zarówno przez sądy konstytucyjne państw członkowskich, jak i same państwa członkowskie (dalej: Pczł). Te ostatnie dały temu wyraz, wprowadzając dodatkowe, nieprzewidziane w Decyzji ramowej o ENA² (dalej: DRENA) przesłanki odmowy przekazania osób w ramach unijnego systemu. Innymi słowy niezbędne staje się sprawdzenie, czy TS dopuszcza ograniczenie prawa do skutecznej ochrony sądowej na rzecz pełnego wdrożenia zasady skuteczności prawa unijnego. Ze względu na ramy niniejszego opracowania oraz dotychczasowy dorobek doktryny zasada skuteczności prawa unijnego nie zostanie szczegółowo tu omówiona³. W pierwszej części artykułu autor ograniczy się jedynie do krótkiego porównania zasady *effet utile* oraz zasady skutecznej ochrony sądowej, gdyż relacja pomiędzy tymi zasadami nie jest oczywista, co potwierdzają pewne rozbieżności wyrażane zarówno w piśmiennic-

² Decyzja ramowa Rady 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie Europejskiego Nakazu Aresztowania i procedury przekazywania osób między państwami członkowskimi, Dz. Urz. UE. L 190/1 z 18.07.2002 r.

³ Szerzej o zasadzie skuteczności prawa unijnego zob. np. P. Craig, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, „Common Market Law Review” 2011, nr 48; A. Wróbel, *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 1; F. Becker, *Application of Community Law by Member State's Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, „Common Market Law Review” 2007, nr 44; M. Taborowski, *Konsekwencje naruszenia prawa Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, Wolter Kluwer Polska Warszawa 2012, s. 19 i n.

twie, jak i w orzecznictwie⁴. Potrzebna staje się również krótka charakterystyka możliwych interpretacji art. 53 Karty praw podstawowych⁵ (dalej: KPP), przede wszystkim po to, by wykazać, iż jedna z wykładni zagraża zasadzie skuteczności prawa Unii Europejskiej (dalej: UE). W ramach I części niniejszego artykułu zostanie także omówiony pogląd TS dotyczący uznania prokuratora za organ sądowy w rozumieniu DRENA.

1. Zasada skuteczności prawa unijnego w świetle prawa do skutecznej ochrony sądowej.

Na początku rozważań należy podkreślić, że ze względu na ramy niniejszego opracowania i wielość – niejednokrotnie odmiennych – definicji nie zostanie tu podjęta próba ogólnego scharakteryzowania pojęcia zasady prawa⁶. Warto natomiast zaznaczyć, iż KPP zawiera w swoim katalogu: zasady, prawa oraz wolności. Zasady nie stanowią podstawy praw do żądania, by władze państw członkowskich lub instytucje unijne przedsiębrały czynne działania⁷. Natomiast na prawa, zgodnie z zasadą skutku bezpośredniego, jednostki mogą się powoływać przed sądem⁸. Powołanie to może mieć na celu bądź sądowe dochodzenie swoich praw, bądź żądanie legislacyjnego wdrażania zasad⁹. Występują jeszcze prawa, które mają charakter mieszany, tzw. prawa–zasady. Ich sądowa ochrona zależy od tego, czy „podlegają pełnej ochronie jako prawa, czy też ograniczonej ochronie jako zasady”¹⁰. Natomiast różnica pomiędzy prawami i wolnościami pozostaje bez konsekwencji dla ich ochrony¹¹.

Zasadne jest także podkreślenie, iż zanim KPP została przyznana moc równa prawu pierwotnemu UE, w szczególności Traktatowi o Unii Europejskiej (dalej: TUE), a także

⁴ Z. Varga, *National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts*, „Common Market Law Review” 2017, nr 54, s. 73.

⁵ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej z 7.12.2000 r., Dz. Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r.

⁶ Zob. np. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England, Oxford 1985; R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010; M. Kordela, *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1, s. 39–54; S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1974; L. Leszczyński, *Zasady prawa – założenia podstawowe*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV, s. 11–16.

⁷ C. Mik, *The Charter of Fundamental Rights: determinants of Protective Standards*, [w:] J. Barcz (red.), *Fundamental Rights Protection in The European Union*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 66.

⁸ R. Grzeszczak, *Federalizacja systemu Unii Europejskiej*, [w:] E. Piontek, K. Karasiewicz (red.), *Quo Vadis Europa III?*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, Warszawa 2009, s. 163.

⁹ C. Mik, *op. cit.*, s. 66.

¹⁰ A. Wróbel, *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 95.

¹¹ C. Mik, *op. cit.*, s. 66.

Traktatowi o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)¹², prawo do skutecznej ochrony sądowej funkcjonowało w prawie unijnym jako „ogólna zasada skutecznej ochrony sądowej”¹³. Jak zostanie wykazane w dalszej części rozważań, prawo (zasada) do skutecznej ochrony sądowej niejednokrotnie było konfrontowane z zasadą skuteczności prawa unijnego. Zarówno zasady, prawa, jak i prawa–zasady winny pozostawać w korelacji. Jednakże w praktyce niejednokrotnie dochodzi do konfliktu pomiędzy nimi. W takich przypadkach organ sądowy orzekający w danej sprawie winien ten konflikt rozstrzygnąć. Ze względu na tematykę niniejszego artykułu, jak również bogatą literaturę przedmiotu w tym względzie należy jedynie zaznaczyć, iż konflikt pomiędzy zasadami może zostać rozstrzygnięty np. poprzez system ich balansowania¹⁴.

Próbie porównania dwu zasad należy zainicjować przytoczeniem argumentacji rzecznika generalnego (dalej: RG) poczynionej w sprawie *Orizzonte Salute*¹⁵. W pierwszej kolejności RG wskazał, iż ocena naruszenia prawa do skutecznego środka prawnego różni się od tej dokonywanej w związku z naruszeniem zasady skuteczności (*effet utile*) prawa UE¹⁶. Następnie podniósł on, iż różna jest geneza obu unijnych zasad. Zasada skutecznej ochrony sądowej została „stworzona w ramach praw podstawowych”, natomiast druga z nich ustanowiona była „wskutek ograniczeń nałożonych przez prawo Unii wobec autonomii proceduralnej państw członkowskich”¹⁷. Kolejną różnicą zdaniem RG jest okoliczność, iż w przypadku oceny zgodności przepisów krajowych z zasadą skuteczności¹⁸ nie jest brane pod uwagę kryterium proporcjonalności¹⁹. Tym samym, według RG, w przypadku drugiej z zasad należy zbadać, czy krajowe środki spełniają test proporcjonalności²⁰.

Również w doktrynie podnosi się, iż istnieją pewne zasadnicze różnice pomiędzy skutecznością prawa unijnego a prawem do skutecznej ochrony sądowej²¹. Stwierdza się

¹² Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012.

¹³ M. Krajewski, *Akt ustawodawczy o charakterze generalnym a prawo do skutecznej ochrony sądowej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 6, s. 4 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. też S. Lipiec, *Zasada prawa do sądu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i Konstytucji Federacji Rosyjskiej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2003/2004, Vol. L/LI, s. 151–165.

¹⁴ Szerzej zob. np. M. Kordela, *op. cit.*, s. 40.

¹⁵ Opinia rzecznika generalnego z 30.04.2015 r. w sprawie C-61/14 *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona „San Valentino” – Città di Levico Terme i in.*, ECLI:EU:C:2015:307.

¹⁶ *Ibidem*, par. 33.

¹⁷ *Ibidem*, par. 33.

¹⁸ Rozumianej jako zasada zakazująca „uniemożliwianie lub nadmierne utrudnianie wykonywania praw wynikających z prawa Unii”, *ibidem*, par. 35.

¹⁹ *Ibidem*, par. 35.

²⁰ *Ibidem*, par. 36.

²¹ J. Kormmendijk, *Is there light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, “Common Market Law

zwłaszcza, iż omawiane zasady pełnią rozbieżne role w prawie UE. W szczególności, iż różne są cele obu zasad. O ile *differentia specifica* zasady skutecznej ochrony sądowej wyraża się w umożliwieniu jednostkom realizowania ochrony prawnej i możliwości wykonywania ich praw, o tyle celem *effet utile* jest egzekwowanie skuteczności prawa UE²². Kolejną odrębnością jest, że o ile zasada skuteczności wyraża „negatywny obowiązek” polegający na konieczności odmowy zastosowania przepisów niespełniających testu skuteczności, o tyle zasada skutecznej ochrony sądowej wyraża również „pozytywny obowiązek” wprowadzenia odpowiednich uprawnień krajowych i „środków zaradczych”²³. Także same spełnienie kryteriów „testów” każdej z zasad jest odmienne. W szczególności przesłanki testu skuteczności są uważane za bardziej łagodniejsze niż te wynikające z oceny prawa do skutecznej ochrony sądowej²⁴. Dodatkowo zasada skuteczności prawa UE ma szerszy zakres zastosowania niż zasada skutecznej ochrony sądowej. Przede wszystkim zasada skuteczności może mieć zastosowanie np. przy „nakładaniu sankcji na osoby fizyczne” i w ten sposób „działać przeciwko jednostce”²⁵.

Z drugiej jednak strony podnosi się, iż obie zasady odczytywane łącznie ograniczają autonomię proceduralną Pczł i mają zwłaszcza zapewniać skuteczne stosowanie prawa unijnego²⁶. Wyrażany jest również pogląd mówiący o tym, że zasada skutecznej ochrony sądowej jest częścią zasady skuteczności prawa UE – „ujmowanej od strony praw jednostek”²⁷.

Niewątpliwie można zgodzić się z poglądem, iż omawiane powyżej zasady różnią się od siebie w sposób znaczący. Należy stwierdzić, że głównym beneficjentem zasady skuteczności prawa unijnego jest sama UE, podczas gdy zasady skutecznej ochrony sądowej – jednostki. Tezę tę zdaje się uzasadniać przykładowo orzeczenie w sprawie *Melloni*²⁸, gdzie TS nie dopatrywał się pogwałcenia europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁹ (dalej: EKPC). Co więcej, nie dopuścił możliwości zasto-

Review” 2016, nr 53, s. 1404 i przytoczona tam literatura.

²² *Ibidem*, s. 1406.

²³ S. Prechal, R. Widdershoven, *Redefining the Relationship between “Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection*, “Review of European Administrative Law” 2011, Vol. 4, s. 41.

²⁴ J. Kormmendijk, *op. cit.*, s. 1406 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁵ Szerzej zob. S. Prechal, R. Widdershoven, *op. cit.*, s. 42 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁶ Z. Varga, *op. cit.*, s. 73–74.

²⁷ N. Póltorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 84; zob. też D. Miąsik, *Zasada efektywności*, [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy, Tom I*, wyd. 2, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 245 i przytoczona tam literatura.

²⁸ Wyrok TS z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11 *Stefano Melloni p. Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107.

²⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

sowania wyższego standardu prawa krajowego w zakresie prawa do skutecznej ochrony sądowej ze względu m.in. na to, iż naruszyłyby to zasadę skuteczności prawa unijnego³⁰.

2. Odmienne interpretacje art. 53 KPP

Wskazuje się, iż art. 53 KPP można rozważać dwojako. Po pierwsze, jako „klauzulę nakładającą «minimalny standard» ochrony, która nie może zejść «poniżej» poziomu gwarantowanego przez krajowe konstytucje”³¹, a także EKPC. Druga interpretacja opiera się na twierdzeniu, iż artykuł ten stanowi klauzulę, która „«uzależnia poziom ochrony od przyjętego zakresu zastosowania»: w zakresie zastosowania prawa UE³² standardem minimum jest Karta, a w zakresie zastosowania prawa krajowego standardem minimum jest konstytucja”³³. Warto wskazać, iż ewentualny konflikt pomiędzy standardem strasburskim a unijnym może wystąpić w trzech przypadkach. Po pierwsze wtedy, gdy sądy stosują prawo UE (dana kwestia mieści się w zakresie prawa unijnego), a ponadto prawa podstawowe chronione są zarówno na mocy KPP, jak i EKPC, oraz wtedy, gdy „to Karta wyznacza, w zakresie zastosowania prawa unijnego, dolną i górną granicę poziomu ochrony praw podstawowych”³⁴. Ponadto stwierdza się, iż oddziaływanie KPP na prawo krajowe jest uzależnione od tego, czy prawo UE w sposób częściowy czy całkowity reguluje dany obszar prawny. W pierwszym przypadku Pczł zachowują pewien margines swobody w wypełnianiu zobowiązań prawa unijnego, natomiast w przypadku pełnej harmonizacji to KPP wyznacza zarówno minimalny, jak i maksymalny poziom ochrony³⁵.

Rozwijając ten wątek, należy wskazać, iż zgodnie z pierwszym poglądem art. 53 KPP zezwala Pczł na stosowanie wyższego standardu praw podstawowych, wynikającego z ich prawa konstytucyjnego lub postanowień EKPC. Taka interpretacja niewątpliwie zagraża zasadom pierwszeństwa i skuteczności prawa UE. Zauważono także, iż sam art. 53 KPP rozstrzyga konflikt pomiędzy standardem wynikającym z EKPC a KPP na rzecz tej pierw-

³⁰ Szerzej zob. dalsza część niniejszego artykułu.

³¹ A. Berramdane, *Stosowanie Karty Praw Podstawowych UE przez sądy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 8, s. 8, tłumaczenie z jęz. francuskiego J. Seweryńska.

³² Sprawą unijną (czyli znajdującą się w zakresie prawa unijnego) „będzie taka sprawa sądowa, której przedmiot pozostaje w związku z prawem unijnym”, R. Grzeszczak, A. Szmigielski, *Sądowe stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w odniesieniu do państw członkowskich – refleksje na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki sądów krajowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 10, s. 13.

³³ A. Berramdane, *op. cit.*, s. 8.

³⁴ M. Taborowski, *Poziom ochrony praw podstawowych wynikający z Karty Praw Podstawowych UE jako przeszkoda dla przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 12, s. 30.

³⁵ D. Sarmiento, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts, and the new Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, “Common Market Law Review” 2013, nr 50, s. 1289.

szej, która w przypadku ewentualnego konfliktu gwarantuje najwyższą ochronę³⁶. Z kolei A. Wróbel zauważa, iż „art. 53 KPP [...] zakazuje wykorzystywania postanowień Karty w celu ograniczania lub naruszania praw człowieka [...] uznanych i gwarantowanych przepisami prawa należącymi do” m.in. konstytucyjnych porządków prawnych³⁷.

Według drugiej koncepcji KPP ma pierwszeństwo przed postanowieniami konstytucji krajowych. Takie stanowisko reprezentuje sam TS. Przykładowo w wyroku w sprawie *Melloni* stwierdził on, iż komentowany przepis nie zezwala Pczł na utrzymanie wyższego standardu, w tym przypadku prawa do obrony, gdy godzi to w podstawowe zasady prawa unijnego: pierwszeństwa, jednolitości oraz skuteczności³⁸.

3. Katalog przesłanek pozwalających na odmowę wykonania ENA

Niemalże *ab ovo* funkcjonowania mechanizmu ENA wyrażany był pogląd, zgodnie z którym Pczł mogą odmówić jego wykonania ze względu na naruszenie praw podstawowych w państwie jego wydania. Przykładowo za takim rozwiązaniem opowiadali się S. Alegre i M. Leaf³⁹. Autorzy tego poglądu jasno stwierdzili, iż podstawą dla odmowy ENA powinien być m.in. art. 3 EKPC. Podnosili oni również, iż pełne zastosowanie w tej procedurze winien mieć np. art. 5 ust. 4 EKPC, natomiast częściowe zastosowanie np. art. 6 EKPC (wymieniali m.in. prawo do bycia wysłuchanym)⁴⁰.

Również A. Gajda optowała za taką możliwością. Twierdziła, że Pczł mogą w tej procedurze stosować swoje własne standardy konstytucyjne, konwencyjne czy ogólne zasady prawa UE⁴¹. W literaturze wskazywano także, iż skoro „brak gwarancji poszanowania praw osoby ściganej uważny jest za przeszkodę ekstradycyjną, to i Decyzja ramowa nie stoi na przeszkodzie odwołaniu się w państwie wykonania nakazu do przyjętych w tym państwie norm konstytucyjnych w celu uzasadnienia odmowy wykonania ENA”⁴². Nadto podnoszono, że art. 1 ust. 3 DRENA obliguje Pczł do tego, by badać za każdym razem, gdy chodzi o rozstrzygnięcie w przedmiocie wykonania ENA, czy państwo

³⁶ K. Lenaerts, E.E. De Smijter, *A „Bill of Rights” for the European Union*, “Common Market Law Review” 2001, nr 38, s. 294.

³⁷ A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 1388.

³⁸ Wyrok TS w sprawie *Melloni*..., par. 60.

³⁹ S. Alegre, M. Leaf, *Mutual recognition in European Judicial Cooperation: A step too far too soon? Case Study – the European Arrest Warrant*, “European Law Journal” 2004, vol. 10, nr 2, s. 200–217.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 205–210.

⁴¹ A. Gajda, *Ochrona praw podstawowych jednostki w procesie harmonizacji prawa karnego procesowego w Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2011, s. 354–355; A. Gajda, *Europejski nakaz aresztowania a ochrona praw jednostki*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 7, s. 26.

⁴² P. Hofmański, *Konstytucyjne problemy europejskiego nakazu aresztowania*, [w:] P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 77–78 i przytoczona tam literatura.

członkowskie jego wydania przestrzega praw procesowych⁴³. Co więcej, podkreśla się, iż sama zasada wzajemnego zaufania nie może być traktowana jako bezwyjątkowa. Jak stwierdza P. Straszczyk, „nie może ona w żadnym razie tłumaczyć naruszeń prawa do rzetelnego procesu przed sądem państwa pochodzenia”⁴⁴.

Z kolei W. Hermeliński wywodził prawo do powołania się przez jednostkę na art. 604 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.)⁴⁵, (w odniesieniu do ekstradycji) z art. 1 EKPC, który obliguje państwa–strony do poszanowania praw z niej wynikających⁴⁶. Utrzymywał, że wydanie osoby objętej takim postępowaniem, w przypadku gdy istnieje „realne prawdopodobieństwo” np. pozbawienia jej prawa do niezawisłego sądu, mogłoby się wiązać z naruszeniem art. 3, 5, 6 czy 8 EKPC⁴⁷.

Ponadto wskazuje się, iż wiele Pczł na podstawie art. 1 ust. 3 DRENA i jej motywu 12 wprowadziły do krajowych regulacji jako nadprogramową przesłankę odmowy wykonania ENA – naruszenie praw podstawowych⁴⁸. Tytułem przykładu wymienia się np. Wielką Brytanię czy Grecję.

Niewątpliwie warto przywołać orzeczenie niemieckiego sądu konstytucyjnego w sprawie *R.*, który odmówił jego przekazania⁴⁹. *R.* został skazany w 1992 r. *in absentia* we Włoszech na 30 lat pozbawienia wolności. Został on aresztowany dopiero w 2014 r. w Niemczech na podstawie ENA. Włoski prokurator nie był w stanie stwierdzić, czy skarżący wiedział o procesie i czy był reprezentowany przez adwokata. Ponadto *R.* nie mógł w żadnym przypadku skorzystać z prawa do ponownego rozpatrzenia dowodów we Włoszech. W konsekwencji niemiecki sąd konstytucyjny stwierdził, iż przekazanie jest niedopuszczalne, gdyż może doprowadzić do naruszenia ludzkiej godności chronionej na mocy niemieckiej konstytucji⁵⁰. Warto także wskazać na pogląd wyrażony w orzecznictwie polskiego Sądu Najwyższego (dalej: SN) dotyczący ekstradycji. Zgodnie z tym rozstrzygnięciem już samo „prawdopodobieństwo” istnienia ryzyka, że osoby wydalone zostaną poddane nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu, powoduje, że ekstradycja jest prawnie niedopuszczalna⁵¹.

⁴³ A. Gajda, *Ochrona praw podstawowych jednostki...*, s. 354.

⁴⁴ P. Straszczyk, *Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń zagranicznych w sprawach karnych – teoria i praktyka*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 7–8, s. 148.

⁴⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555.

⁴⁶ W. Hermeliński, *Ekstradycja a prawa człowieka*, „Palestra” 2001, nr 1–2, s. 130.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ V. Mitsilegas, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, „Common Market Law Review” 2006, nr 43, s. 1293.

⁴⁹ Wyrok FTK z dnia 15 grudnia 2015 r. nr skargi 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.html [dostęp 22.02.2018 r.], wersja angielska.

⁵⁰ Szerzej zob. np. J. Nowag, *EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: a Toxic Mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R.*, „Common Market Law Review” 2016, nr 53, s. 1441–1453.

⁵¹ Postanowienie SN z dnia 29 lipca 1997 r. (II KKN 313/97), OSNKW 1997, nr 9–10, poz. 85. Niniejsza sprawa dotyczyła ekstradycji dwóch chińskich obywateli do Chińskiej Republiki Ludowej. W sprawie tej za możliwe do podnoszenia dowody uznano m.in. pisma i raporty Amnesty International, chociaż jak

4. Możliwość odmowy wykonania ENA – niekiedy niesłuszne poglądy TS

W przeciągu wielu lat funkcjonowania mechanizmu ENA TS zdążył wypracować ugruntowaną linię orzecniczą. Stwierdzał on, iż katalog przesłanek umożliwiający odmowę wykonania ENA ma charakter zamknięty, w związku z czym odmowa taka jest możliwa wyłącznie w przypadku wystąpienia obligatoryjnych bądź fakultatywnych przesłanek odmowy⁵².

Prawdą jest, iż TS zgadzał się na sformułowanie dodatkowej przesłanki odmowy wykonania ENA – o charakterze formalnym – np. w sprawie *Bob-Dogi*. Ponadto można odnaleźć wyroki, w których dokonywał on interpretacji postanowień DRENA w taki sposób, iż okazywało się, że sąd może zastosować fakultatywną przesłankę odmowy wykonania (*Dworzecki*⁵³). Jednak w takich przypadkach, co do zasady, przypominał on sądowi krajowemu czy wręcz go zobowiązywał do tego, by ten uprzednio zwrócił się do organu wydającego ENA bądź o udzielenie uzupełniających informacji czy gwarancji, bądź o konwalidację popełnionego błędu. Przykładowo w sprawie *Dworzecki* TS stwierdził, iż sąd odsyłający nie musi automatycznie odmówić wykonania ENA z powodu nieprawidłowego poinformowania poszukiwanego o rozprawie wskutek czego został on skazany pod swoją nieobecność. Przy ustaleniu bowiem, czy zainteresowany otrzymał rzeczywiście zawiadomienie o rozprawie, sąd powinien zbadać inne okoliczności. Trybunał odwołał się m.in. do zachowania samego zainteresowanego czy okoliczności, iż niestawiennictwo miało na celu umyślne uchylenie się od obecności na rozprawie⁵⁴. Zatem sąd wykonujący ENA ma wręcz obowiązek zwrócenia się do organów sądowych, które wydały ENA, o przekazanie pomocniczych informacji, które pozwalałyby określić, czy wezwanie i informacja o toczącym się postępowaniu zostały prawidłowo doręczone zainteresowanemu⁵⁵. Z kolei w sprawie *Bob-Dogi* TS wskazał, iż sąd państwa wykonania ENA powinien zwrócić się zgodnie z art. 15 ust. 2 DRENA do wydającego ENA organu o „bezzwłoczne uzupełnienie wskazanych w nakazie informacji, co pozwoli mu na zbadanie kwestii, czy [...] krajowy nakaz aresztowania, [...] faktycznie nie został wydany”⁵⁶.

wskazał SN: „zdaniem Sądu Apelacyjnego, choć generalnie [raporty te – przyp. autora] zasługują na wiarę, to nie mogą odnosić się do wszystkich potencjalnych postępowań karnych prowadzonych w Chińskiej Republice Ludowej”.

⁵² Art. 3, 4 oraz 4a DRENA; zob. np. wyrok TS w sprawie *Melloni*....; wyrok TS z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-168/13 PPU, *Jeremy F*, ECLI:UE:C:2013:358; wyrok TS z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie C-396/11 *Ciprian Vasil Radu*, ECLI:EU:C:2013:39; wyrok TS z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-453/16 PPU *Halilow Ibrahim Özçelik*, ECLI:EU:C:2016:860.

⁵³ Wyrok TS z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-108/16 PPU *Paweł Dworzecki*, ECLI:EU:C:2016:346.

⁵⁴ *Ibidem*, par. 51 i 53.

⁵⁵ P. Kobes, *Glosa do wyroku TS z dnia 24 maja 2016 r., C-108/16 PPU*, Lex/el.2016.

⁵⁶ Wyrok TS z dnia 1 czerwca 2016 r. w sprawie C-241/15 *Niculai Aurel Bob-Dogi*, ECLI:EU:C:2016:385, par. 65.

Wydaje się zatem, że prymat powinna wieść zasada wzajemnego zaufania i enumeratywny katalog przesłanek umożliwiający odmowę wykonania ENA. Niewątpliwie jednak orzeczenia wydane w tych sprawach wypada ocenić pozytywnie. Przede wszystkim z tej przyczyny, że TS zezwolił Pczł na odmowę wydania ENA z uwagi na pewne formalne uchybienia. Niestety nie można w żadnym razie wywnioskować z tych wyroków ogólnego prawa do odmowy wykonania ENA ze względu na naruszenie prawa do skutecznej ochrony sądowej, które miałyby ewentualnie miejsce w państwie wydania ENA.

Z drugiej jednak strony wskazuje się, iż orzeczenia te, łącznie ze sprawami dotyczącymi interpretacji pojęcia organu sądowego (m.in. *Półtorak*⁵⁷), dają sądom wykonującym ENA pewne dodatkowe uprawnienia do badania, czy prawa osoby poszukiwanej są w odpowiednim stopniu zapewnione⁵⁸. To z kolei powoduje, iż zasada wzajemnego zaufania nie powinna być już stosowana automatycznie⁵⁹.

4.1. Prawo do sądu niezawisłego i bezstronnego – niezrozumiały pogląd TS

W dwóch orzeczeniach (sprawy: *Półtorak* oraz *Kovalkovas*⁶⁰) dotyczących wykładni pojęcia „organu sądowego” i „orzeczenia sądowego” w rozumieniu DRENA, TS skonstatował, iż nie można zaliczyć do tych pojęć ani policji, ani ministra sprawiedliwości. W konsekwencji orzekł on, iż „wyłącznie europejskie nakazy aresztowania w rozumieniu art. 1 ust. 1 decyzji ramowej powinny być wykonywane zgodnie z przepisami rzeczonyj decyzji”⁶¹. Trybunał nie stwierdził wprost prawa do odmowy wykonania ENA w takiej sytuacji. Jednakże dokonując interpretacji całości rozważań TS zawartych w tychże judykatach, należy stwierdzić, iż organ sądowy został wyposażony w kompetencję do odmowy wykonania ENA z powodu tego, że nie wydał go odpowiedni organ sądowy w rozumieniu DRENA. Co zaskakujące, TS nie nałożył na sąd wykonujący ENA obowiązku zwrócenia się o dodatkowe informacje na podstawie art. 15 DRENA do sądu wydającego. Nie odwołał się również w tych wyrokach ani do postanowień KPP, ani EKPC. Stwierdził jednak iż, wymóg wydania ENA przez organ sądowy zapewnia poszanowanie pewnych gwarancji procesowych, czego nie zapewnia minister czy policja. Wydaje się zatem, że w tym przypadku TS niejako „skrycie” akcentował problem ewentualnego naruszenia praw podstawowych. Jednak w sentencji wyroku nie sformułował on ogólnej przesłanki możliwości odmowy wykonania ENA ze

⁵⁷ Wyrok TS z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-452/16 PPU *Krzysztof Marek Półtorak*, ECLI:EU:2016:858.

⁵⁸ T. van den Brink, *Horizontal federalism, mutual recognition and the balance between harmonization, home State control and host state autonomy*, “European Papers” 2016, Vol. 1, nr 3, s. 936.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 936.

⁶⁰ Wyrok TS z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-477/16 *Ruslan Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861.

⁶¹ Wyrok TS w sprawie *Półtorak*..., par. 28; wyrok TS w sprawie *Kovalkovas*..., par. 29.

względu na naruszenie prawa do skutecznej ochrony sądowej, skupiając się jedynie na wymaganiach samej DRENA.

Negatywnej ocenie wypada poddać rozstrzygnięcie TS ze sprawy *Özçelik*. Sprawa ta dotyczyła ENA wydanego przez sąd, opartego jedynie na krajowym nakazie aresztowania wydanego przez prokuratora. Jednakże rozważania TS dotyczące uznania organu prokuratorskiego za niezawisły i bezstronny budzą wątpliwości. Godzi się także zaznaczyć, iż *prima facie* wydaje się, iż wyrok dotyczy wyłącznie interpretacji art. 8 ust. 1 lit. c) DRENA. Wszak cały tok rozumowania TS i poczynione przezeń uwagi skłaniają do wniosku, że również prokurator został uznany za organ sądowy w rozumieniu omawianej decyzji, biorąc pod uwagę względy częściowo „ukrytej” wykładni, także art. 6 ust. 1 DRENA⁶².

Oczywiste jest, że w UE występuje wiele różnych systemów procedury karnej. Podyktowane jest to faktem, iż UE dysponuje „wielopoziomową konstytucją” składającą się z ustaw zasadniczych Pczł oraz „constitutional body traktatów stanowiących i innych aktów, jak między innymi Karty praw podstawowych”⁶³. Każdy z systemów prawnych Pczł wyznacza więc w różnym stopniu pozycję prawną prokuratorów. W następstwie tego w jednym Pczł prokuratura będzie podlegała władzy wykonawczej (np. obecnie w Polsce), w innych będzie od tego organu niezależna. We Włoszech np. prokuratorzy podporządkowani są Najwyższej Radzie Sądownictwa, a włoska konstytucja wyraźnie włącza prokuraturę do struktury sądownictwa⁶⁴. Także sama włoska konstytucja zapewnia prokuratorom niezawisłość⁶⁵. W Finlandii natomiast Prokurator Generalny jest mianowany przez prezydenta, a do jego zadań należy m.in. nadzorowanie i zarządzanie prokuraturą⁶⁶. Choć formalnie prokuratura nie jest podległa rządowi, to jednak wskazuje się, iż to ten ostatni decyduje o finansowaniu tej instytucji⁶⁷. Na Węgrzech prokuratura pozostaje poza władzą wykonawczą, gdyż urząd prokuratora generalnego obsadzany

⁶² Trybunał powołał się na art. 6 ust. 1 DRENA tylko raz w całym toku rozważań, stwierdzając, iż pojęcie „organu sądowego” [...] oznacza organy uczestniczące w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości z wyłączeniem służb policji”, wyrok TS w sprawie *Özçelik*..., par. 32. Jednakże później niejako niejawnie odnosił się do tego artykułu. Szerzej zob. dalsze rozważania.

⁶³ R. Grzeszczak, *Wielość roszczeń do władzy konstytucyjnej – czyli o stosunku prawa UE do międzynarodowego porządku prawnego*, http://robertgrzeszczak.bio.wpia.uw.edu.pl/files/2012/10/Konstytucjonalizacja-UE_ksiega-dla-prof.-Dynii-Rzeszow-kopia.pdf [dostęp 22.02.2018 r.].

⁶⁴ *Nie ma jednego modelu prokuratury na świecie*, <http://www.kancelaria.lex.pl/czytaj/-/artykul/nie-ma-jednego-modelu-prokuratury-na-swiecie> [dostęp 22.02.2018 r.], o Włoszech: S. Wysocka.

⁶⁵ Art. 108 włoskiej Ustawy Zasadniczej, *Konstytucja Włoch*, Z. Witkowski (tłum.), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wlochy.html> [dostęp 22.02.2018 r.].

⁶⁶ A. Dragan, D. Korzeniowska, A. Krasnowolski, *Organy ochrony prawnej w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2011, s. 10, <http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/18/plik/ot-598.pdf> [dostęp 22.02.2018 r.].

⁶⁷ *Ibidem*

jest przez parlament⁶⁸. Podnosi się jednak, iż prokuratura węgierska jest zależna od parlamentu, a władza wykonawcza ma tylko mniejszy wpływ na tę strukturę⁶⁹. Tymczasem do podstawowych zasad demokratycznego państwa prawnego i rządów prawa należy istnienie – niezależnego i zabezpieczonego przed wpływami władzy wykonawczej i ustawodawczej – wymiaru sprawiedliwości⁷⁰. Co więcej nowa węgierska konstytucja⁷¹, w zakresie uregulowania działalności prokuratury, może budzić niepokój. Zastrzeżenia do art. 29 węgierskiej Ustawy Zasadniczej wyraziła w swojej opinii Komisja Wenecka (dalej: KW)⁷². Uwagi te dotyczyły m.in. tego, że nowa konstytucja jest bardzo lakoniczna w odniesieniu do statusu prokuratury i ogranicza się jedynie do pewnych proceduralnych uregulowań, np. dotyczących sposobu wybierania prokuratury generalnego przez parlament⁷³. Prócz tego wyrażono zastrzeżenie co do zapisu, który zakłada, że: „Zgodnie z ustawą Prokurator Generalny i prokuratura: [...] sprawują nadzór nad zgodnym z prawem wymierzaniem kary”⁷⁴. W odpowiedzi na ten przepis KW jasno stwierdziła, iż gwarantowanie ochrony praw człowieka nie należy do właściwej sfery prokuratury oraz że sfera ta należy w większym stopniu do ombudsmana niż do tej ostatniej⁷⁵.

Prawo do sądu niezawisłego i bezstronnego wynika z art. 6 EKPC i jej art. 5. Co prawda art. 5 nie odnosi się do sądu bezstronnego i niezawisłego jednakże ETPC wyraźnie stwierdzał, że również w tym przypadku organ sądowy powinien cechować się niezależnością od władzy wykonawczej (niezawisłość) oraz bezstronnością – od stron w sprawie⁷⁶. Wprawdzie do postępowania w przedmiocie wydania czy wykonania ENA nie ma zastosowania reżim prawny wynikający z art. 6 EKPC⁷⁷, nie zmienia to jednak

⁶⁸ A. Łukasiewicz, *Prawo o prokuraturze według PiS – szczegóły zmian*, „Rzeczpospolita” 2016, <http://www.rp.pl/Prokuratorzy/301139866-Prawo-o-prokuraturze-wedlug-PiS---szczegoly-zmian.html#ap-1> [dostęp 22.02.2018 r.].

⁶⁹ K. Kijowski, *Pozycja prawno-ustrojowa prokuratury w wybranych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 4, s. 133–134 i przytoczona tam literatura.

⁷⁰ M. Wyrzykowski, *Europejski standard rule of law (tezy; materiał wstępny, przedkonferencyjny)*, [w:] *XVIII Konferencja WPIA UW. Prawne problemy i wyzwania Unii Europejskiej*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2017.

⁷¹ *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, J. Snopek (tłum.), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, Ustawa Zasadnicza Węgier z dnia 25. kwietnia 2011 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry2011.html> [dostęp 22.02.2018 r.].

⁷² Opinia Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez prawo (Komisja Wenecka) z 20 czerwca 2011 r., nr 621/2011, *Opinion on the constitution of Hungary*, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2011\)016-E.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2011)016-E.aspx) [dostęp 22.02.2018 r.].

⁷³ *Ibidem*, par. 113.

⁷⁴ Art. 29 ust. 2 lit. c) Konstytucji węgierskiej.

⁷⁵ Opinia Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji..., par. 17.

⁷⁶ Wyrok ETPC z dnia 27 czerwca 1968 r. w sprawie nr 1936/63 *Neumeister p. Austrii*, par. 24; wyrok ETPC z dnia 26 września 2002 r. w sprawie nr 28212/95 *Benjamin i Wilson p. Zjednoczonemu Królestwu*, par. 33.

⁷⁷ C.P. Kłak, *Standard rzetelnego postępowania sądowego w sprawie karnej a Europejski Nakaz Aresztowania – uwagi na tle Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. X, A.D. MMXII, s. 189.

faktu, że postępowanie to nie musi spełniać pewnych podstawowych nieodzownych gwarancji rzetelnego procesu⁷⁸. Choć ETPC uznaje, że art. 6 EKPC nie ma zastosowania w procedurze ekstradycyjnej, to w niektórych szczególnych przypadkach dopuszcza w tym zakresie wyjątki⁷⁹. Przykładowo w decyzji w sprawie *Stapleton*⁸⁰ stwierdził on, iż w nadzwyczajnych wypadkach może w odniesieniu do decyzji o ekstradycji dojść do naruszenia art. 6 EKPC. Nastąpi to w sytuacji, gdy osoba poniosła lub następuje ryzyko poniesienia w danym państwie rażącego „zaprzeczenia” prawa do rzetelnego procesu. Z kolei za takie zaprzeczenie ETPC uznaje m.in. brak dostępu do możliwości skontrolowania decyzji o tymczasowym aresztowaniu przez bezstronny i niezawisły sąd⁸¹. Niezależnie od tego, czy przyjmujemy za słuszny pogląd, który zakłada objęcie osoby, której dotyczy procedura ENA, ochroną wynikającą z art. 5 ust. 3 EKPC⁸² bądź z art. 5 ust. 4 EKPC⁸³, należy skonstatować, iż ENA powinien zostać wydany jak również wykonany przez organ sądowy charakteryzujący się powyższymi przymiotami. Sam TS orzekł przeciwnie, iż procedura przekazywania osób musi być poddana kontroli sądowej, aby mogła być uznana za zgodną z art. 47 KPP⁸⁴.

Należy zatem rozważyć, co faktycznie powinien oznaczać użyty w DRENA termin organ sądowy. Jest to istotne z punktu widzenia innych sądów krajowych. To one bowiem, rozstrzygając zgodnie z zasadą wzajemnego zaufania o możliwości wydania, decydują, czy osoba poszukiwana na podstawie ENA ma zapewnione podstawowe prawa. Co więcej, jako jedną z cech zasady wzajemnego uznawania orzeczeń wskazuje się niezawisłość sędziów i niezależność sądów⁸⁵. Podnosi się, iż ma to niewątpliwe znaczenie wobec niechęci do uznawania orzeczeń wydanych w innych PcZł oraz w związku z tym, że to na sądy krajowe nałożony jest obowiązek wypełniania gwarancji określonych przez prawo unijne⁸⁶.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 187.

⁷⁹ A. Demenko, *Prawo do obrony formalnej w transgranicznym postępowaniu karnym w Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013, s. 81.

⁸⁰ Decyzja ETPC z dnia 4 maja 2010 r. w sprawie nr 56588/07 *Robert Stapleton p. Irlandii*, par. 26 (sprawa dotyczyła naruszenia przez państwo członkowskie prawa do rzetelnego procesu w związku z procedurą ENA).

⁸¹ Decyzja ETPC z dnia 20 lutego 2007 r. w sprawie nr 35865/03 *Mohammed Ali Hassan Al-Moayad p. Niemcom*, par. 101.

⁸² A. Górski, A. Sakowicz, *Komentarz do Decyzji Ramowej Rady Unii Europejskiej w sprawie Europejskiego Nakazu Aresztowania*, [w:] E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Dokumenty karne. cz. 2*, Oficyna Naukowa, Warszawa, 2005, http://www.asser.nl/upload/euowarrant-webroot/documents/cms_eaw_334_1_KOMENTARZ%20DO%20DECYZJI%20RAMOWEJ%20RA1.pdf [dostęp 22.02.2018 r.], s. 20.

⁸³ A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do art. 5, nb 91*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I*, C.H. Beck, 2010, Legalis.

⁸⁴ Wyrok TS w sprawie *Jeremy F.*..., par. 45–47.

⁸⁵ S. Buczma, *Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń między państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Etapy kształtowania, zakresy funkcjonowania i podstawowe cechy*, „*Ius Novum*” 2009, nr 2, s. 75.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 75.

Według niektórych autorów pojęcie organ sądowy, stosując wykładnię językową, oznacza wyłącznie sądy oraz samych sędziów⁸⁷. Wskazuje się, iż niektóre Pczł zdecydowanie wyszły poza granice wykładni językowej – w konsekwencji włączając do tego pojęcia również ministrów sprawiedliwości czy prokuratorów⁸⁸. Takie podejście niektórych Pczł uważa się z kolei za sprzeczne z założeniami samej DRENA. Przede wszystkim z uwagi na nieosiągnięcie jej celu przez to, że ENA wydał inny niż sąd organ (dodatkowo zgodnie z tym poglądem taka sytuacja pozostaje w sprzeczności z dawnym art. 34 ust. 2 TUE)⁸⁹. Ponadto W. Sokolewicz stwierdził, że „w wypadku «przekazania» stronami postępowania są bezpośrednio niezależne sądy państw członkowskich w ramach procedury wzajemnego uznawania i wykonywania wydawanych przez nie postanowień”⁹⁰. Natomiast C. Tomuschat uważa, że z samej istoty procedury wydawania osób w trybie ENA i literalnej wykładni pojęcia organu sądowego wynika wyeliminowanie czynnika politycznego z tego mechanizmu⁹¹. W konsekwencji twierdzi on, że jedynym organem uprawnionym do rozstrzygania w przedmiocie ENA jest sąd⁹².

Odmienny pogląd przedstawił np. L. Klimek, według którego organami właściwymi w procedurze przekazania są zarówno prokuratorzy, jak i sędziowie, wyłączając jedynie z zakresu pojęcia „organu sądowego” ministra sprawiedliwości⁹³.

W tym miejscu należy *ad extremum* odnieść się do orzecznictwa ETPC, które określiło przymioty podmiotów, mogące być uznane za niezależne i bezstronne. Jak już zostało wcześniej wspomniane, należy się odwołać tutaj przede wszystkim do orzecznictwa dotyczącego art. 5 EKPC. Trzeba zatem skonkludować, czy prokurator w świetle orzecznictwa ETPC może zostać uznany za sąd lub „innego urzędnika uprawnionego przez ustawę do wykonywania władzy sądowej”, a jego decyzje za orzeczenie sądowe.

W wyroku w sprawie *Niedbala* ETPC stwierdził, że wymóg niezależności oznacza brak relacji zarówno z władzą wykonawczą, jak i ze stronami postępowania⁹⁴. To z kolei

⁸⁷ A. Sakowicz, *Wydanie europejskiego nakazu aresztowania*, [w:] P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008, s. 109; A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania – nowy instrument Unii Europejskiej w walce z przestępczością*, „Edukacja Prawnicza” 2004, nr 4, s. 2, Legalis; zob. także R. Grzeszczak, M. Krajewski, *Pojęcie „sąd” w świetle przepisów art. 47 KPP oraz art. 267 TFUE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 6, s. 3–16.

⁸⁸ A. Sakowicz, *Wydanie europejskiego...*, s. 109.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 109–110.

⁹⁰ Opinia powołana w wyroku TK z dnia 27 kwietnia 2005 r. (P 1/05), Dz. U. z 2005 r. Nr 77, poz. 680; a także J. Hołub, *Europejski nakaz aresztowania*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2009, nr 1, s. 132; W. Sokolewicz, *Opinia prawna o projekcie – datowanym 24 czerwca 2003 roku – ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego*, sporządzona 3 lipca 2003 roku, www.sejm.gov.pl.

⁹¹ C. Tomuschat, *Inconsistencies – The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant*, “European Constitutional Law Review” 2006, vol. 2, s. 224.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ L. Klimek, *European Arrest Warrant*, Springer International Publishing, Switzerland 2015, s. 79.

⁹⁴ Wyrok ETPC z dnia 4 lipca 2000 r. w sprawie nr 27915/95 *Niedbala p. Polsce*, par. 49.

powoduje, iż późniejsza możliwość występowania w postępowaniu karnym w charakterze oskarżyciela publicznego może podawać w wątpliwość jego bezstronność i niezależność⁹⁵. Dodatkowo ETPC stwierdził, iż okoliczność wypełniania przez prokuratorów roli strażników interesu publicznego nie może powodować, iż zostaje im nadany status sądowy, a możliwość późniejszego występowania w danym postępowaniu w charakterze oskarżyciela nie gwarantuje możliwości uznania ich za organy niezależne⁹⁶.

Kolejne wątpliwości mogą budzić dwa stwierdzenia TS odnośnie do uznania prokuratury za organ sądowy. Trybunał stwierdził bowiem, iż „zatwierdzenie krajowego nakazu aresztowania przez prokuratora daje [...] pewność, że [...] ENA [...] opiera się na orzeczeniu, któr[e] podlegało kontroli sądowej”⁹⁷. Natomiast dalej TS stwierdził, iż „pojęcie «organu sądowego» należy rozumieć w ten sposób, że oznacza ono organy uczestniczące w sprawowaniu w państwach członkowskich wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych, z wyłączeniem służb policji [...]”. Należy pamiętać, iż działalność prokuratora jest głównie nakierowana na wykrywanie i ściganie przestępstw oraz oznacza, że jest on związany zasadą legalizmu, zgodnie z którą jest on obowiązany ścigać każde przestępstwo. To powoduje, iż (np. zgodnie z art. 10 k.p.k.) nie może on zaprzestać ścigania z powodów oportunistycznych⁹⁸.

Dodatkowo związanie prokuratora zasadą legalizmu wydaje się niweczyć najnowsze postulaty odnoszące się do potrzeby badania wydania ENA w oparciu o zasadę proporcjonalności. W ostatnich latach przetoczyła się bowiem dyskusja na temat tego, czy ENA nie jest wydawany w sprawach błahych, które nie powinny być objęte ściganie w tym trybie⁹⁹. Między innymi S. Peers podaje przykład wydania ENA za sprawcami czynów w postaci kradzieży prosiaka czy kradzieży piwa podczas domowej zabawy¹⁰⁰. Wskazuje się, iż polski ustawodawca w art. 607b k.p.k., poprzez użycie nieostrego pojęcia, dał wyraz odejścia od zasady legalizmu¹⁰¹. Sama Rada UE w swoich konkluzjach (które oczywiście nie są prawnie wiążące) postulowała, iż ze względu na skutki, jakie może wywołać przekazanie w trybie ENA, odpowiedni organ sądowy powinien „[...] przed podjęciem decyzji o wydaniu nakazu rozpatrzyć proporcjonal-

⁹⁵ *Ibidem*, par. 49.

⁹⁶ Wyrok ETPC z dnia 2 lipca 2002 r. w sprawie nr 34611/97 *Dacewicz p. Polsce*, par. 21; wyrok ETPC w sprawie *Niedbala...*, par. 53–54.

⁹⁷ Wyrok TS w sprawie *Özçelik...*, par. 36.

⁹⁸ R. Kmieciak, E. Skrętowicz, *Proces karny: Część ogólna*, wyd. 7, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 68.

⁹⁹ T. Ostropolski, *Zasada proporcjonalności a europejski nakaz aresztowania*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 3, s. 14; A. Demenko, *op. cit.*, s. 147 i n.

¹⁰⁰ S. Peers, *Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to game-keeper?*, 12.11.2016 r., <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html> [dostęp 22.02.2018 r.].

¹⁰¹ *Komentarz do art. 607b*, [w:] S. Buczma, *Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych. Komentarz do Działu XIII KPK*, C.H. Beck, Warszawa 2016, nb 1, Legalis.

ność tego działania [...]”¹⁰². Również TS w wyroku w sprawie *Póltorak* stwierdził, iż przy ocenianiu spełnienia przesłanek do wydania ENA organ sądowy winien brać pod uwagę proporcjonalność zastosowania tego środka – również w przypadku wydanego już wyroku¹⁰³.

Także w polskim orzecznictwie można odnaleźć przykłady odmowy wykonania ENA z powołaniem się na wspomnianą zasadę. Przykładowo, Sąd Okręgowy we Wrocławiu orzekł o niezachowaniu przy wydawaniu ENA przez sąd węgierski wymogu proporcjonalności¹⁰⁴. Co ciekawe, sąd ten stwierdził, iż DRENA nie zawiera możliwości odmowy wykonania ENA w oparciu o zasadę proporcjonalności. Jednocześnie powołał się on na coroczne raporty KE, z których wynika, że instytucja ta stoi na stanowisku, iż wydanie ENA zgodnie z art. 2 ust. 2 DRENA „nigdy nie powinno być obligatoryjne”¹⁰⁵.

Widać więc, że decyzja o wydaniu ENA nie powinna być automatyczna, lecz każdorazowo winna podlegać kontroli sądowej. Jest to kolejny argument przemawiający za tym, by to sądy decydowały o wydaniu ENA, a nie organy policji, minister czy prokurator. Wskazuje się, iż również system węgierski oparty jest na zasadzie legalizmu¹⁰⁶. Postanowienia węgierskiej Ustawy Zasadniczej obliguje prokuraturę do: reprezentowania Węgier w wymierzaniu kary; ścigania przestępstw; występowania przeciwko czynom lub zaniechaniom niezgodnym z prawem; występowania jako oskarżyciel publiczny w postępowaniu sądowym¹⁰⁷. To wszystko może powodować trudności w ocenie bezstronności tego organu podczas wydawania ENA.

Na końcu rozważań dotyczących tego wyroku wypada wspomnieć o szeroko komentowanym w literaturze przedmiotu wyroku SN Wielkiej Brytanii w sprawie *Assan-*

¹⁰² *Konkluzje Rady w związku z działaniami następczymi w związku z zaleceniami zawartymi w sprawozdaniu końcowym dotyczącym czwartej rundy wzajemnych ocen pod kątem praktycznego stosowania europejskiego nakazu aresztowania*, 17195/1/10, Bruksela 17.12.2010, s. 14–15.

¹⁰³ Wyrok TS w sprawie *Póltorak*..., par. 50.

¹⁰⁴ Postanowienia Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 1 lutego 2013 r., (III Kop 16/13), [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155025000001506_III_Kop_000016_2013_Uz_2013-02-01_001](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155025000001506_III_Kop_000016_2013_Uz_2013-02-01_001) [dostęp 22.02.2018 r.].

¹⁰⁵ Przykładowo zob. także Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wdrażania od 2007 r. decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, z 11.4.2011 r., KOM(2011) 175, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0175:FIN:pl:PDF> [dostęp 22.02.2018 r.], s. 8–9. Komisja Europejska stwierdziła, iż przed wydaniem ENA powinno się wziąć pod uwagę takie okoliczności jak np. „powagę przestępstwa; długość wyroku; inne istniejące alternatywne podejście, które mogłoby być mniej uciążliwe zarówno dla osoby poszukiwanej, jak i organu wykonującego nakaz; koszty czy korzyści wynikające z wykonania ENA”.

¹⁰⁶ L. Fazsi, *The right of the injured parties to represent themselves instead of being represented by a prosecutor in the Criminal procedure code of Hungary*, “Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique” 2011, vol. 45 s. 141, <https://ideas.repec.org/a/pmu/cjurid/v45y2011p132-145.html> [dostęp 22.02.2018 r.].

¹⁰⁷ *Konstytucje państw Unii*..., art. 29.

ge, który uznał prokuratora za organ sądowy w rozumieniu DRENA¹⁰⁸. Przede wszystkim wypada wskazać, iż pełnomocnik Assange odwołał się do raportu Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Skoogström*¹⁰⁹. W raporcie tym stwierdzono, iż szwedzki prokurator nie może zostać uznany za sędziego, gdyż nie był on niezależny od stron w rozumieniu art. 5 EKPC¹¹⁰. Te wszystkie argumenty nie przekonały jednak brytyjskiego SN. Co więcej, podnosi się, że szwedzki prokurator jest związany zasadą legalizmu i nie ma możliwości władzy dyskrecyjnej, by decydować o ściganiu¹¹¹. To z kolei może stać w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, która, jak zostało wykazane, również powinna być brana pod uwagę przy ocenie potrzeby wydania ENA.

Spodziewano się, iż sąd ten rozstrzygnie, iż pojęcie organu sądowego ogranicza się wyłącznie do „sądów, sędziów i trybunałów”¹¹². Niewątpliwie należy się zgodzić ze zdaniem odrębnym sędzi L. Hale, która po pierwsze stwierdziła, iż literalna wykładnia pojęcia organu sądowego obejmuje wyłącznie sądy¹¹³, a po drugie potwierdziła, iż objęcie prokuratora omawianym pojęciem stałoby w sprzeczności z art. 5 ust. 3 EKPC. W szczególności z uwagi na to, że prokuratora nie można uznać za niezależnego od stron postępowania, zwłaszcza gdy prowadzi on daną sprawę¹¹⁴.

Tok argumentacyjny TS pozwala uznać, że prokurator został uznany za organ sądowy. Wydaje się więc, że w przypadku tego rozstrzygnięcia TS dał pierwszeństwo zasadzie skuteczności prawa unijnego. Głównie dlatego, że TS był świadom, iż jak zostało wykazane, niektóre Pcż ustanowiły prokuraturę jako organ mogący wydawać ENA¹¹⁵. Zatem, w przypadku odmiennego rozstrzygnięcia zasada skuteczności mogłaby zostać zagrożona. Czyniąc to, TS nie uwzględnił w należyтым stopniu orzecznictwa ETPC odnoszącego się do konieczności zapewnienia, by pojęcie organ sądowy oznaczał wyłącznie sądy oraz samych sędziów.

¹⁰⁸ Wyrok SN Wielkiej Brytanii z dnia 30 maja 2012 r. *Assange (Appellant) v. The Swedish Prosecution Authority (Respondent)* 2012 UKSC 22, On appeal from: [2011] EWCA Civ 2849 <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2012/22.html> [dostęp 22.02.2018 r.]. Ze względu na ramy niniejszej pracy autor skupi się wyłącznie na aspekcie uznania prokuratora za organ sądowy. Szerzej o wyroku zob. np. V. Fikfak, *The Meaning of Judicial Authority after Assange*, “Law Quarterly Review, University of Cambridge of Law Research Paper” 2015, nr 46, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616397 [dostęp 22.02.2018 r.].

¹⁰⁹ Report of the Commission z 15.07.1983 r. nr 8582/79 *Owe Skoogström p. Szwecji*, par. 76 i n.

¹¹⁰ Wyrok SN Wielkiej Brytanii w sprawie *Assange...*, par. 146.

¹¹¹ P. Asp, *The Prosecutor in Swedish Law*, “Crime And Justice” 2012, Vol. 41, No. 1, s. 153.

¹¹² C. Harris, K. Kakkaiyadi, *Treaty Interpretation before the Supreme Court*, “Cambridge Journal of International and Comparative Law” 2013, Vol. 2, Issue 1, s. 117.

¹¹³ Wyrok SN Wielkiej Brytanii w sprawie *Assange...*, par. 192.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Zob. np. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który stwierdził, iż estoński prokurator stanowi organ sądowy na gruncie art. 6 ust. 1 DRENA: postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 grudnia 2011 r., II AKz 811/11, LEX nr 1129791, czy postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 lutego 2016 r., II AKz 19/16, Legalis nr 1408983, w którym przyjęto, iż prokurator litewski jest również organem władnym do wydania ENA.

Podsumowanie

Jak zostało wykazane, stanowisko TS w zakresie konieczności zapewnienia odpowiedniego poziomu prawa do skutecznej ochrony sądowej może budzić wątpliwości. W szczególności, gdy uwzględni się omówione na początku rozważań poglądy doktryny dotyczące interpretacji art. 53 KPP oraz odnoszące się do konieczności zapewnienia relevantnych elementów prawa do skutecznej ochrony sądowej. Zasadne zatem staje się podjęcie analizy pozostałych orzeczeń TS, odnoszących się do omawianego problemu – co będzie przedmiotem II części niniejszego artykułu¹¹⁶.

Bibliografia

Źródła

- Decyzja ramowa Rady nr 2002/584/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie Europejskiego Nakazu Aresztowania i procedury przekazywania osób między państwami członkowskimi, Dz. Urz. UE L 190/1 z 18.07.2002 r.
- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r., Dz. Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r.
- Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555.
- Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wdrażania od 2007 r. decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, z 11.4.2011 r., KOM(2011) 175, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0175:FIN:pl:PDF> [dostęp 22.02.2018 r.].
- Konkluzje Rady w związku z działaniami następczymi w związku z zaleceniami zawartymi w sprawozdaniu końcowym dotyczącym czwartej rundy wzajemnych ocen pod kątem praktycznego stosowania europejskiego nakazu aresztowania*, 17195/1/10, Bruksela 17.12.2010.
- Wyrok TS z dnia 30 maja 2013 r. w sprawie C-168/13 PPU *Jeremy F*, ECLI:UE:C:2013:358.
- Wyrok TS z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie C-396/11 *Ciprian Vasil Radu*, ECLI:EU:C:2013:39.
- Wyrok TS z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-453/16 PPU *Halilow Ibrahim Özçelik*, ECLI:EU:C:2016:860.
- Wyrok TS z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-108/16 PPU *Paweł Dworzecki*, ECLI:EU:C:2016:346.
- Wyrok TS z dnia 1 czerwca 2016 r. w sprawie C-241/15 *Niculaie Aurel Bob-Dogi*, ECLI:EU:C:2016:385.

¹¹⁶ Druga część niniejszego artykułu ukaże się w kolejnym numerze „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis”.

- Wyrok TS z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-452/16 PPU *Krzysztof Marek Póltorak*, ECLI:EU:2016:858.
- Wyrok TS z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-477/16 *Ruslan Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861.
- Wyrok TS z dnia 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11 *Stefano Melloni p. Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107.
- Opinia rzecznika generalnego z dnia 30 kwietnia 2015 r. w sprawie C-61/14 *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato przeciwko Azienda Pubblica di Servizi alla persona „San Valentino” – Città di Levico Terme i in.*, ECLI:EU:C:2015:307.
- Wyrok ETPC z dnia 27 czerwca 1968 r. w sprawie nr 1936/63 *Neumeister p. Austrii*.
- Wyrok ETPC z dnia 26 września 2002 r. w sprawie nr 28212/95 *Benjamin i Wilson p. Zjednoczonemu Królestwu*.
- Decyzja ETPC z dnia 4 maja 2010 r. w sprawie nr 56588/07 *Robert Stapleton p. Irlandii*.
- Decyzja ETPC z dnia 20 lutego 2007 r. w sprawie nr 35865/03 *Mohammed Ali Hassan Al-Moayad p. Niemcom*.
- Wyrok ETPC z dnia 4 lipca 2000r., w sprawie nr 27915/95 *Niedbala p. Polsce*.
- Wyrok ETPC z dnia 2 lipca 2002 r. w sprawie nr 34611/97 *Dacewicz p. Polsce*.
- Report of the Commission z dnia 15 lipca 1983 r., nr 8582/79 *Owe Skoogström v. Szwecji*.
- Opinia Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez prawo (Komisja Wenecka) z dnia 20 czerwca 2011 r., nr 621/2011, *Opinion on the constitution of Hungary*, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2011\)016-E.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2011)016-E.aspx) [dostęp 22.02.2018 r.].
- Wyrok FTK z dnia 15 grudnia 2015 r., nr skargi 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.html [dostęp 22.02.2018 r.], wersja angielska.
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt II AKz 19/16, Legalis nr 1408983.
- Postanowienie SN z dnia 29 lipca 1997 r., II KKN 313/97, OSNKW 1997, nr 9-10, poz. 85.
- Postanowienia Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 1 lutego 2013 r., III Kop 16/13, [https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/155025000001506_III_Kop_000016_2013_Uz_2013-02-01_001](https://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/155025000001506_III_Kop_000016_2013_Uz_2013-02-01_001) [dostęp 22.02.2018 r.].
- Wyrok SN Wielkiej Brytanii z dnia 30 maja 2012 r. *Assange (Appellant) v. The Swedish Prosecution Authority (Respondent)* 2012 UKSC 22, On appeal from: [2011] EWCA Civ 2849 <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2012/22.html> [dostęp 22.02.2018 r.].
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 grudnia 2011 r., II AKz 811/11, LEX nr 1129791.

Literatura

- Alegre S., Leaf M., *Mutual recognition in European Judicial Cooperation: A step too far too soon? Case Study – the European Arrest Warrant*, “European Law Journal” 2004, vol. 10, nr 2.
- Alexy R., *Teoria praw podstawowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- Asp P., *The Prosecutor in Swedish Law*, „Crime And Justice” 2012, Vol. 41, No. 1.

- Becker F., *Application of Community Law by Member State's Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, „Common Market Law Review” 2007, nr 44.
- Berramdane A., *Stosowanie Karty Praw Podstawowych UE przez sądy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 8, tłum. z jęz. francuskiego J. Seweryńska.
- Buczma S., *Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych. Komentarz do Działu XIII KPK*, Warszawa 2016, *Komentarz do art. 607b*, nb 1, Legalis.
- Buczma S., *Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, Etapy kształtowania, zakresy funkcjonowania i podstawowe cechy*, „Ius Novum” 2009, nr 2.
- Craig P., *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, „Common Market Law Review” 2011, nr 48.
- Demenko A., *Prawo do obrony formalnej w transgranicznym postępowaniu karnym w Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Dragan A., Korzeniowska D., Krasnowolski A., *Organy ochrony prawnej w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2011, <http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/18/plik/ot-598.pdf> [dostęp 22.02.2018 r.].
- Dworkin R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England, Oxford 1986.
- Fazi L., *The right of the injured parties to represent themselves instead of being represented by a prosecutor in the Criminal procedure code of Hungary*, „Curentulu Juridic”, <https://ideas.repec.org/a/pmu/cjurid/v45y2011p132-145.html> [dostęp 22.02.2018 r.].
- Fikfak V., *The Meaning of Judicial Authority after Assange*, Law Quarterly Review 2015, „University of Cambridge of Law Research Paper” 2015, nr 46 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616397 [dostęp 22.02.2018 r.].
- Gajda A., *Europejski nakaz aresztowania a ochrona praw jednostki*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 7.
- Gajda A., *Ochrona praw podstawowych jednostki w procesie harmonizacji prawa karnego procesowego w Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2011.
- Górski A., Sakowicz A., *Europejski nakaz aresztowania – nowy instrument Unii Europejskiej w walce z przestępczością*, „Edukacja Prawnicza” 2004, nr 4, s. 2, Legalis.
- Górski A., Sakowicz A., *Komentarz do Decyzji Ramowej Rady Unii Europejskiej w sprawie Europejskiego Nakazu Aresztowania*, [w:] E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Dokumenty karne. cz. 2*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2005, http://www.asser.nl/upload/eu WARRANT-webroot/documents/cms_eaw_334_1_KOMENTARZ%20DO%20DECYZJI%20RAMOWEJ%20RA1.pdf [dostęp 22.02.2018 r.].
- Grzeszczak R., *Federalizacja systemu Unii Europejskiej*, [w:] E. Piontek, K. Karasiewicz (red.), *Quo Vadis Europa III?*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, Warszawa 2009.
- Grzeszczak R., *Wielość roszczeń do władzy konstytucyjnej – czyli o stosunku prawa UE do międzynarodowego porządku prawnego*, http://robertgrzeszczak.bio.wpia.uw.edu.pl/files/2012/10/Konstytucjonalizacja-UE_ksiega-dla-prof.-Dynii-Rzeszow-kopia.pdf [dostęp 22.02.2018 r.].
- Grzeszczak R., Krajewski M., *Pojęcie „sąd” w świetle przepisów art. 47 KPP oraz art. 267 TFUE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 6.

- Grzeszczak R., Szmigielski A., *Sądowe stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w odniesieniu do państw członkowskich – refleksje na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki sądów krajowych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 10.
- Harris C., Kakkaiyadi K., *Treaty Interpretation before the Supreme Court*, „Cambridge Journal of International and Comparative Law” 2013, Vol. 2, Issue 1.
- Hermeliński W., *Ekstradycja a prawa człowieka*, „Palestra” 2001, nr 1-2.
- Hofmański P., *Konstytucyjne problemy europejskiego nakazu aresztowania*, [w:] P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008.
- Kijowski K., *Pozycja prawno-ustrojowa prokuratury w wybranych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 4.
- Klimek L., *European Arrest Warrant*, Springer International Publishing, Switzerland 2015.
- Kłak C.P., *Standard rzetelnego postępowania sądowego w sprawie karnej a Europejski Nakaz Aresztowania – uwagi na tle Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i Podstawowych Wolności*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. X, A.D. MMXII.
- Kmieciak R., Skrętowicz E., *Proces karny: Część ogólna*, wyd. 7, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Kobes P., *Glosa do wyroku TS z dnia 24 maja 2016 r., C-108/16 PPU*, Lex/el. 2016.
- Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Snopek J. (tłum.), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, Ustawa Zasadnicza Węgier z dnia 25.04.2011 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry2011.html> [dostęp 22.02.2018 r.].
- Kordela M., *Zasady prawa jako normatywna postać wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1.
- Kormmendijk J., *Is there light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, „Common Market Law Review” 2016, nr 53.
- Krajewski M., *Akt ustawodawczy o charakterze generalnym a prawo do skutecznej ochrony sądowej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 6.
- Lenaerts K., De Smijter E.E., *A “Bill of Rights” for the European Union*, „Common Market Law Review” 2001, nr 38.
- Leszczyński L., *Zasady prawa – założenia podstawowe*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. XXV.
- Lipiec S., *Zasada prawa do sądu w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i Konstytucji Federacji Rosyjskiej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2003/2004, Vol. L/LI.
- Miąsik D., *Zasada efektywności*, [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Tom I, wyd. 2, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Mik C., *The Charter of Fundamental Rights: determinants of Protective Standards*, [w:] J. Barcz (red.), *Fundamental Rights Protection in The European Union*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Mitsilegas V., *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, „Common Market Law Review” 2006, nr 43.
- Nowag J., *EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: a Toxic Mix? Bundesverfassungsgericht: Mr R*, „Common Market Law Review” 2016, nr 53.

- Ostropolski T., *Zasada proporcjonalności a europejski nakaz aresztowania*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 3.
- Peers S., *Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?*, 12.11.2016 r., <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html> [dostęp 22.02.2018 r.].
- Półtorak N., *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Prechal S., Widdershoven R., *Redefining the Relationship between “Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection*, „Review of European Administrative Law” 2011, Vol. 4.
- Sakowicz A., *Wydanie europejskiego nakazu aresztowania*, [w:] P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008.
- Sarmiento D., *Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts, and the new Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, „Common Market Law Review” 2013, nr 50.
- Sokolewicz W., *Opinia prawna o projekcie – datowanym 24 czerwca 2003 roku – ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego*, sporządzona 3 lipca 2003 roku, www.sejm.gov.pl – opinia powołana w wyroku TK z dnia 27 kwietnia 2005 r. (P 1/05), Dz. U. z 2005 r. Nr 77, poz. 680, a także w: J. Hołub, *Europejski nakaz aresztowania*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2009, nr 1.
- Straszczyk P., *Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń zagranicznych w sprawach karnych – teoria i praktyka*, „Przegląd Sądowy”, 2014, nr 7-8.
- Taborowski M., *Konsekwencje naruszenia prawa Unii Europejskiej przez sądy krajowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
- Taborowski M., *Poziom ochrony praw podstawowych wynikający z Karty Praw Podstawowych UE jako przeszkoda dla przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, nr 12.
- Tomuschat C., *Inconsistencies – The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant*, „European Constitutional Law Review” 2006, vol. 2.
- Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1974.
- Van Den Brink T., *Horizontal federalism, mutual recognition and the balance between harmonization, home State control and host state autonomy*, „European Papers” 2016, Vol. 1, nr 3.
- Varga Z., *National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts*, „Common Market Law Review” 2017, nr 54.
- Konstytucja Włoch*, Witkowski Z. (tłum.), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wlochy.html> [dostęp 22.02.2018 r.].
- Wróbel A., *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 1.
- Wróbel A., *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Wróbel A., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do art. 5, nb 91*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I*, C.H. Beck, 2010 Legalis.

Wróbel A., *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.

Wyrzykowski M., *Europejski standard rule of law (tezy; materiał wstępny, przedkonferencyjny)*, [w:] *XVIII Konferencja WPIA UW Prawne problemy i wyzwania Unii Europejskiej*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2017.

Internet

Nie ma jednego modelu prokuratury na świecie, <http://www.kancelaria.lex.pl/czytaj/-/artykul/nie-ma-jednego-modelu-prokuratury-na-swiecie> [dostęp 22.02.2018 r.], o Włoszech: S. Wysocka.

Łukasiewicz A., *Prawo o prokuraturze według PiS – szczegóły zmian*, „Rzeczpospolita” 2016, <http://www.rp.pl/Prokuratorzy/301139866-Prawo-o-prokuraturze-wedlug-PiS---szczegoly-zmian.html#ap-1> [dostęp 22.02.2018 r.].

Jakub Radwan

*Faculty of Law, Administration and Economics
University of Wrocław*

Liability in Outer Space: the Question of Admissibility

Odpowiedzialność w przestrzeni kosmicznej: kwestia dopuszczalności

Abstract

The number of artificial space objects has increased exponentially since the launch of Sputnik 1 in 1957. Geocentric orbits have been occupied not only by operational space devices but also by a significant population of space debris. Consequently, the congestion of outer space has reached unprecedented levels. However, the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects was elaborated on the premise that the likelihood of a collision between human-made space objects was virtually nil in outer space. Therefore, the convention stipulates that a launching State shall bear international liability for damage inflicted in outer space only provided that the fault is attributable to the State or the persons for whom the State is responsible. Interestingly, however, the spacefaring States have consistently abstained from resorting to the provisions of the convention notwithstanding the documented cases of loss of or damage to space objects in the aftermath of collisions. As a result, the convention could be deemed to have fallen into desuetude by virtue of prolonged non-enforcement. However, the analysis of the notion of desuetude in international law does not permit the conclusion that the convention shall be regarded as null and void. Conversely, such considerations as the lack of a definition of fault in outer space or the soft law character of the regulations pertaining to space debris mitigation and removal represent more plausible explanations for the absence of formal claims based on the convention. Accordingly, the prior passive conduct of States with respect to liability would not preclude future demands for compensation for damage sustained in outer space.

Keywords

outer space, liability, damage, responsibility, space object, space debris, satellite, launching State, desuetude, international law, space law

Streszczenie

Liczba sztucznych obiektów kosmicznych znacząco wzrosła od czasu wystrzelenia Sputnika 1 w 1957 r. Orbity okołoziemskie są zajmowane nie tylko przez czynne obiekty kosmiczne, ale także przez znaczną ilość kosmicznych śmieci. W konsekwencji zagęszczenie obiektów w przestrzeni kosmicznej osiągnęło bezprecedensowy poziom. Jednakże Konwencja o międzynarodowej odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez obiekty kosmiczne została oparta na założeniu, że ryzyko zderzenia pomiędzy obiektami kosmicznymi wytworzonymi przez człowieka jest praktycznie zerowe w przestrzeni kosmicznej. Z tego powodu konwencja stanowi, że państwo wypuszczające odpowiada za szkody wyrządzone przez obiekt kosmiczny w przestrzeni pozaziemskiej wyłącznie wówczas, gdy winę można przypisać państwu lub osobom, za które jest ono odpowiedzialne. Co jednak ciekawe, nie

zważając na udokumentowane przypadki utraty lub uszkodzenia obiektów kosmicznych w następstwie kolizji, państwa prowadzące działalność kosmiczną dotychczas konsekwentnie powstrzymywały się od powoływania się na postanowienia konwencji. W rezultacie, w związku z długotrwałym niestosowaniem konwencji, mogłaby ona zostać uznana za wyłączoną z obrotu prawnego wskutek *desuetudo*. Jednakże analiza koncepcji *desuetudo* w prawie międzynarodowym nie uzasadnia wniosku, że konwencja utraciła moc prawną. Przeciwnie, inne czynniki takie jak niewypracowanie definicji winy w przestrzeni kosmicznej lub status miękkiego prawa, jaki posiadają regulacje dotyczące zapobiegania powstawaniu i usuwania kosmicznych śmieci, reprezentują bardziej prawdopodobne przyczyny braku oficjalnych roszczeń opartych na konwencji. Tym samym dotychczasowa bierna praktyka państw w stosunku do odpowiedzialności nie wyłącza możliwości wystąpienia z roszczeniami za przyszłe szkody wyrządzone w przestrzeni kosmicznej.

Słowa kluczowe

przestrzeń kosmiczna, odpowiedzialność, szkoda, obiekt kosmiczny, kosmiczne śmieci, satelita, państwo wypuszczające, *desuetudo*, prawo międzynarodowe, prawo kosmiczne

1. Introduction

In 1983, an orbiting fleck of paint of unknown origin gauged a pit in the outer layer of a windscreen of the Challenger shuttle¹. Importantly, “[a] slightly larger object might have punctured the windshield and killed the entire crew”². In 1996, the remnants of the upper stage of the disintegrated Ariane 1 rocket impaired the operations of the CERISE satellite³. The event represented the earliest documented case of an accidental collision between cataloged space objects⁴. In 2009, the destruction of Iridium 33 and Cosmos 2251 marked the first crash which involved intact spacecraft in orbit⁵. Notably, as early as 1978, Donald Kessler famously envisaged that “collisional breakup of satellites will become a new source for additional satellite debris in the near future, possibly well before the year 2000”⁶. In 2013, the collision between a fragment of the Fengyun-1C satellite and the BLITS satellite demonstrated that a mere shift in orbital parameters is bound to deprive space objects of technical capacity⁷. Accordingly, the adduced examples cor-

¹ I. Asimov, *Space garbage*, Gareth Stevens Publishing, Milwaukee 1989, p. 12.

² *Ibidem*.

³ L. Viikari, *The Environmental Element in Space Law: Assessing the Present and Charting the Future*, Martinus Nijhoff, Leiden 2008, p. 39; *Cerise* is a French word for a cherry which is used in literature to denote the satellite in question. However, the proper name of the satellite is CERISE. The acronym stands for *Caractérisation de l’Environnement Radioélectrique par un Instrument Spatial Embarqué*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ M. J. Listner, *Iridium 33 and Cosmos 2251, three years later*, “Space Safety Magazine”, 10 February 2012, <http://www.spacesafetymagazine.com/space-debris/kessler-syndrome/iridium-33-cosmos-2251-years-later-learned-then/> [accessed 17 February 2018].

⁶ D. J. Kessler, B. G. Cour-Palais, *Collision Frequency of Artificial Satellites: The Creation of a Debris Belt*, “Journal of Geophysical Research”, vol. 83, no. A6, 1 June 1978, p. 2645, [http://webpages.charter.net/dkessler/files/Collision Frequency.pdf](http://webpages.charter.net/dkessler/files/Collision%20Frequency.pdf) [accessed 17 February 2018].

⁷ L. David, *Russian Satellite Hit by Debris from Chinese Anti-Satellite Test*, 8 March 2013, <https://www.space.com/20138-russian-satellite-chinese-space-junk.html> [accessed 17 February 2018]; The acro-

roborate that the subject matter of damage sustained in outer space has not been confined to the realm of an academic debate. Conversely, not only sizeable objects but also a plethora of small scale debris have posed a material threat to human space ventures⁸.

Pursuant to Article 3 of the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, “in the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the earth to a space object of one launching State or to persons or property on board such a space object by a space object of another launching State, the latter shall be liable only if the damage is due to its fault or the fault of persons for whom it is responsible”⁹. Interestingly, however, as opposed to damage inflicted by the return of a space object to the Earth¹⁰, the provisions pertaining to liability in outer space have not been invoked to date. This article represents a concise attempt at a critical examination of the admissibility of future claims in the light of a longstanding dormancy of the legal regime for damage sustained in outer space.

2. Legal setting

The negotiation and drafting of the four major treaties and agreements of international space law were concluded in barely 18 years after the launch of Sputnik 1¹¹. Therefore, together with the extension of State sovereignty onto the continental shelf¹², the

nym BLITS stands for Ball Lens in the Space. Fengyun-1C was destroyed by China in an anti-satellite missile strike. The impact rendered BLITS inoperable.

⁸ Newton’s first law of motion provides that “an object in motion stays in motion with the same speed and in the same direction unless acted upon by an unbalanced force”. The trajectory of space objects is solely affected by the force of gravity. Consequently, the absence of air resistance results in a near constant velocity of objects in outer space.

⁹ *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, adopted on 29 November 1971, opened for signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972, *United Nations Treaty Series*, vol. 961, New York 1975, p. 188; Hereinafter referred to as the Liability Convention.

¹⁰ See *Canada: claim against the Union of Soviet Socialist Republics for damaged caused by soviety Cosmos 954*, <http://www.emond.ca/links/intlaw7/cases/soviet.doc> [accessed 17 February 2018].

¹¹ The list of major treaties pertaining to outer space encompasses the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, the Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space, the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, and the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space. The Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies has been deliberately excluded due to a fairly low number of ratifications. See U. N. Doc. A/AC.105/C.2/2017/CRP.7.

¹² In 1945, President Truman proclaimed that “the Government of the United States regards the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf beneath the high seas but contiguous to the coasts of the United States as appertaining to the United States, subject to its jurisdiction and control”. See H. S. Truman, *Proclamation 2667: Policy of the United States With Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf*, 28 September 1945, The American Presidency Project, G. Peters, J. T. Woolley (eds.), <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12332> [accessed 17 February 2018]. The practice initiated by the United States was readily adopted by other coastal States and under-

inception and codification of *ius spatiale* exemplify one of the most spectacular developments in international law. However, in contrast to the appropriation of the continental shelf, “a number of treaty rules were being created and became legally binding before the problems governed by these rules could be realized in space activities”¹³. Liability illustrates an area where, in order to keep pace with the advancements in space technology, the States enacted a body of anticipatory treaty norms. Notably, as stated by the International Law Commission, “[i]nternational law does not needlessly restrict the freedom of action of States; if their aims are legitimate, and if the means of achieving these aims pay reasonable regard to the separate interests of other States and to community interests, injurious consequences that are incidental to their activities do not of themselves entail responsibility for a wrongful act, provided that the loss is recompensed”¹⁴.

Nevertheless, the Liability Convention was elaborated on the premise that the likelihood of an accident involving artificial objects was virtually non-existent in outer space. The congestion of Geocentric orbits, however, has increased exponentially since the launch of Sputnik 1 in 1957. According to the register maintained by the United Nations Office for Outer Space Affairs, there are currently 8049 human-made objects in outer space¹⁵. Yet, the data furnished in conformance with the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space and General Assembly resolution 1721 B (XVI) does not comprise space debris¹⁶. The European Space Agency developed a statistical model to assess the size of space debris population which yielded a result in excess of 166 million pieces of orbital junk¹⁷.

went a subsequent codification within the Convention on the Continental Shelf and the United Nations Convention on the Law of the Sea.

¹³ G. M. Danilenko, V. S. Vereshchetin, *Custom as a Source of International Law of Outer Space*, “Journal of Space Law”, vol. 13, no. 22, 1985, p. 23; The White House press release issued with the Truman Proclamation 2677 not only provides that “[t]he advance of technology prior to the present war had already made possible the exploitation of a limited amount of minerals from submerged lands within the 3-mile limit”, but also that “the rapid development of technical knowledge and equipment occasioned by the war now makes possible the determination of the resources of the submerged lands outside of the 3-mile limit”. See H. S. Truman, *op. cit.*

¹⁴ U. N. Doc. A/CN.4/334 and Add.1 & Corr.1 and Add.2, p. 255; According to the report, “the term «responsibility» should be used only in connection with internationally wrongful acts and that, with reference to the possible injurious consequences arising out of the performance of certain lawful activities, the more suitable term «liability» should be used”. The document further indicates that the position of the International Law Commission was consistent with the practice of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space.

¹⁵ U. N., Office for Outer Space Affairs, *Online Index of Objects Launched into Outer Space*, http://www.unoosa.org/oosa/osoindex/search-ng.jsp?lf_id [accessed 17 February 2018].

¹⁶ *Ibidem*; The database also contains space objects which are not yet registered with the United Nations. It attests to the value of the Online Index as a comprehensive source of data on the objects launched into outer space.

¹⁷ European Space Agency, *Space debris by the numbers*, http://www.esa.int/Our_Activities/Operations/Space_Debris/Space_debris_by_the_numbers [accessed 17 February 2018].

In the early years of the Space Age, however, the “big sky theory” prevailed as a broadly accepted paradigm¹⁸. The concept of outer space was intrinsically associated with desolation and immense vastness. A gridlock of outer space appeared inconceivable to the scientists, let alone to the founding fathers of international space law. Regardless, the members of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space were cognizant that damage sustained in outer space was not to be completely excluded from the purview of the prospective liability instrument. The general sentiment of the international community was succinctly expressed by a Hungarian delegate who stated that “any agreement on liability must be as complete as possible; in other words, it must cover damage caused in outer space and not only damage caused on the ground or in the atmosphere”¹⁹. Nevertheless, as a representative of the United States remarked pertinently, “the possibility of a collision between space objects was a very remote complex matter and not of direct concern to the great majority of inhabitants of the earth, whose protection was that Convention’s main aim”²⁰.

3. Legal dormancy and implications for admissibility

Grotius famously observed, albeit with regard to property, that “[f]or though time is the great agent, by whose motion all legal concerns and rights may be measured and determined, yet it has no effectual power of itself”²¹. According to Grotius, in the absence of a positive legal norm, the passage of time *per se* does not entail legal consequences. As compared to treaties signed centuries ago, barely 46 years of rule of the Liability Convention shall not be regarded as a long-term state of dormancy. On the one hand, the first significant collision between artificial space objects only occurred in the end of the 20th century. On the other hand, however, the period in question has encompassed nearly the entire duration of human activity in outer space. Nevertheless, perusal of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the most authoritative codification of treaty law, inevitably leads to the conclusion that *desuetude* was not specified as a distinct ground for termination of treaties²². Interestingly, however, the *travaux préparatoires* reveal that the inclusion of *desuetude* was contemplated by the International Law Commission.

¹⁸ K. R. Young, *Space Junk: The Dangers of Polluting Earth’s Orbit*, Twenty-First Century Books, Minneapolis 2016, p. 11.

¹⁹ U. N. Doc. A/AC.105/C.2/SR.91, p. 8.

²⁰ *Ibidem*, p. 44.

²¹ H. Grotius, *On the Law of War and Peace*, Jazzybee Verlag Jürgen Beck, North Charleston 2016, p. 72.

²² *Vienna Convention on the Law of Treaties*, adopted on 23 May 1969, opened for signature on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, New York 1987, p. 331.

In his Second Report to the International Law Commission, Sir Gerald Fitzmaurice rejected the existence of “any objective principle of law terminative of treaties on the mere ground of age, obsolescence, or desuetude as such”²³. The Special Rapporteur adduced historical treaties which were nevertheless contemporarily deemed to have remained in force as opposed to having been declared null and void by the sole virtue of age²⁴. Fitzmaurice further surmised that “where the parties themselves, without denouncing or purporting actually to terminate the treaty, have, over a long period, conducted themselves in relation to it more or less as though it did not exist, by failing to apply or invoke it, or by other conduct evincing lack of interest in or reliance on it, it may be said that there exists what amounts to a tacit agreement of the parties, by conduct, to disregard the treaty and to consider it as being at an end”²⁵. Importantly, in the Third Report, Fitzmaurice provided a valuable commentary on the notion of implied consent. He asserted that the concurrence of the parties can “only be inferred from the conduct of both sides, or all of the parties, sufficiently long continued; and, as a general rule, only if, in addition, the character of the treaty is such that its application after the lapse of time would be anachronistic or inappropriate”²⁶.

Therefore, in order for a subsequent resort to the Liability Convention to become obsolete or morally questionable, a pervasive non-observance of a legal duty would need to be conclusively established. However, Article 8 of the Liability Convention provides that “a State which suffers damage, or whose natural or juridical persons suffer damage, may present to a launching State a claim for compensation for such damage”. “May” is a modal auxiliary verb which holds connotations of possibility or permission. Consequently, the provision shall not be construed as the imposition of a positive legal obligation of an unconditionally binding character. On the contrary, the pursuit of a claim for damage is contingent upon a decision on the part of the injured State.

In the hallmark case of *S. S. Lotus*, the Permanent Court of International Justice noted that “[e]ven if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom”²⁷. By the same token, given the discretionary basis of legal action stipulated in the Liabil-

²³ U. N. Doc. A/CN.4/SER.A/1957/Add.1, p. 48.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ U. N. Doc. A/CN.4/107, p. 28.

²⁷ *S. S. Lotus* (France v. Turkey), 1927, P.C.I.J., Ser. A, No. 10, p. 28.

ity Convention, forbearance in a certain case would not extinguish a general right to seek compensation for damage. Whereas it would restrain subsequent claims pertaining to a particular incident, it would not extend to cover unrelated events in space²⁸.

The award in the case of Yuille, Shortridge & Co. represents an excellent illustration of the point²⁹. The arbitration concerned, *inter alia*, the permissibility of invoking in 1834 the provisions of an Anglo-Portuguese treaty from 1654. The treaty in question had not been formally repealed by the parties. The arbitrary commission stated that “in those cases in which there would result from the breach of the treaty but little or no harm to British subjects, the intervention of their government would be futile, it would be a gratuitous lack of politeness towards a friendly government, to abstain then would be an act of courtesy and not one of renunciation”³⁰. The absence of claims for damage sustained by Iridium 33 and BLITS may be ascribed not only to courtesy but also to negligible damage, ample insurance coverage, or the lack of insurmountable evidence to satisfy the burden of proof. Interestingly, in the aftermath of the Iridium 33 incident, the press speculated that “[i]f the United States determines that a legal action would not be diplomatically palatable or otherwise interfere with its diplomatic efforts with another sovereign nation, the United States government could assert its jurisdiction under Article VI of the Outer Space Treaty and prevent Iridium LLC from proceeding”³¹. Notably, the accident coincided with an attempt on the part of the United States to negotiate transparency and confidence-building measures in outer space with the Russian Federation³². Similarly, as far as BLITS is concerned, it was conjectured that the pursuit of a legal claim by Russia was relinquished due to close cooperation with the People’s Republic of China³³.

²⁸ Moreover, whereas the doctrine of *venire contra factum proprium nemini licet* is firmly embedded in international law, the plea of estoppel is constrained by the time limits prescribed in the Liability Convention. Pursuant to Article 10, “a claim for compensation for damage may be presented to a launching State not later than one year following the date of the occurrence of the damage or the identification of the launching State which is liable”, or “within one year following the date on which it learned of the aforementioned facts; however, this period shall in no event exceed one year following the date on which the State could reasonably be expected to have learned of the facts through the exercise of due diligence”.

²⁹ Yuille, Shortridge & Co. (Great Britain v. Portugal), 1861 [in:] A. Lapradelle, N. Politis (eds.), *Recueil Des Arbitrages Internationaux, 1856-1872*, vol. 2, Paris 1923, p. 105, quoted in O. Corten, P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1, Oxford University Press, New York 2011, p. 1024.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ M. Listner, *Revisiting the Liability Convention: reflections on ROSAT, orbital space debris, and the future of space law*, 17 October 2011, <http://www.thespacereview.com/article/1948/1> [accessed 17 February 2018].

³² T. Hitchens, *Transparency and Confidence Building in Outer Space Inching Toward Action*, Federation of American Scientists, Public Interest Report, Winter 2011, <https://fas.org/pubs/pir/2011winter/2011Winter-Transparency.pdf>, p. 2 [accessed 17 February 2018].

³³ M. Wall, L. David, *Legal Action Against China Unlikely in Space Junk Crash with Russian Satellite*, 12 March 2013, <http://www.space.com/20173-china-space-junk-crash-lawsuit.html> [accessed 17 February 2018].

As stated by the International Court of Justice in the Jurisdictional Immunities of the State judgment, “[w]hile it may be true that States sometimes decide to accord an immunity more extensive than that required by international law, for present purposes, the point is that the grant of immunity in such a case is not accompanied by the requisite *opinio juris* and therefore sheds no light upon the issue currently under consideration by the Court”³⁴. Therefore, provided that the decisions of the United States and the Russian Federation to abstain from lodging claims for Iridium 33 and BLITS respectively were prompted by courtesy or political considerations, the conduct of the States in question did not reflect a sense of legal obligation. Accordingly, it would not represent an emerging rule of international customary law.

In the foregoing case of Yuille, Shortridge & Co., the arbitrators further indicated that “the question would be of a different nature if the government of Great Britain had on several occasions refused to intervene, considering that the treaty had fallen into desuetude, or if it had, for the same reason, renounced in its pursuit of an already initiated intervention”³⁵. The Treaty of Commerce concluded between Germany and Austria in 1930 represents another case in point³⁶. The Constitutional Court of Austria observed in 1973 that Austria had not complied with the obligation of equal treatment of German citizens with respect to the acquisition of real property³⁷. Despite manifest violations of the treaty, Germany failed to file a formal protest with Austria. Moreover, Germany desisted from publishing the treaty in the official register of federal legislation³⁸. Furthermore, the Court stated that “according to the law of the European Economic Community the Council of the EEC would have had to give its consent to the continued application of the Treaty of Commerce, which Germany never sought”³⁹. Consequently, the Court inferred conclusively that the Treaty of Commerce fell into *desuetude*⁴⁰. The dictum lends support to the argument that notwithstanding the absence of *desuetude* within the Vienna Convention, the notion as such may be of relevance to treaties which confer duties upon the parties. A prolonged non-performance of an obligation which is not followed by declarations of protest of the counterparties or a sequence of express waivers of a general right would arguably represent acceptable manifestations of *desuetude* in international law.

³⁴ *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 123.

³⁵ *Yuille, Shortridge & Co., op. cit.*

³⁶ G. Nolte, *Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings* [in:] G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford 2013, p. 358.

³⁷ *Ibidem*, p. 358–359.

³⁸ *Ibidem*, p. 359.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

Moreover, rapid *consuetude* exemplified by the launch of Sputnik 1 could warrant an assumption that legal norms within the framework of space law are prone to undergo *desuetude* in a similarly expeditious manner⁴¹. On the one hand, legal theory does not preclude the prospect of customary law formation on the sole basis of passive practice. On the other hand, however, the legal effect of a pattern of discretionary State inaction, let alone of an individual instance of abstention from lodging a claim for damage would not, in principle, justify an appeal to *desuetude*. Nevertheless, *desuetude* remains a theoretical scenario which could arise in the aftermath of a major collision of foreign space objects attributable to the actions of a certain launching State. A release of claims by the injured State whereby the State accepts the loss of spacecraft as an inherent element of space operations could engender a legitimate expectation of analogous conduct amongst the community of spacefaring States, albeit initially prompted by comity considerations.

4. Additional considerations

Recourse to the convention has been further constrained by the fact that the concept of fault is not accompanied by a legal definition in the Liability Convention or other instruments of international space law. The Space Debris Mitigation Guidelines of the Inter-Agency Space Debris Coordination Committee admittedly provide recommendations “with an emphasis on cost effectiveness, that can be considered during planning and design of spacecraft and launch vehicles in order to minimise or eliminate generation of debris during operations”⁴². Notably, the document was endorsed by the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space⁴³. Furthermore, in resolution 62/217, the General Assembly “[a]grees that the voluntary guidelines for the mitigation of space debris reflect the existing practices as developed by a number of national and international organizations, and invites Member States to implement those guidelines through relevant national mechanisms «to the greatest extent feasible»”⁴⁴. However, recommendations and resolutions of the General Assembly enjoy a limited legal status. Accordingly, the violation of soft law instruments would not be sufficient to prove fault or negligence on the part of a launching State.

⁴¹ *Desuetude* represents an opposite process to the formation of customary law.

⁴² Inter-Agency Space Debris Coordination Committee, *IADC Space Debris Mitigation Guidelines*, IADC-02-01, rev. 1, September 2007, [http://www.iadc-online.org/Documents/IADC-2002-01, IADC Space Debris Guidelines, Revision 1.pdf](http://www.iadc-online.org/Documents/IADC-2002-01_IADC_Space_Debris_Guidelines_Revision_1.pdf) [accessed 17 February 2018].

⁴³ U. N. Doc. A/AC.105/890.

⁴⁴ U. N. Doc. A/RES/62/217.

Similarly, a formal definition of outer space has not been introduced as of yet. On the one hand, a number of States voiced an opinion that “it was not necessary to develop a definition and delimitation of outer space when the absence of such a definition had not resulted in any legal or practical problems”⁴⁵. On the other hand, however, certain States view “a definition and delimitation of outer space indispensable as a legal basis through which to regulate their national territories and to resolve practical issues arising from collisions that could occur between aerospace objects and aircraft”⁴⁶.

The definition of a launching State, albeit stipulated in the Liability Convention, likewise poses a potential legal issue with respect to damage sustained in outer space. For example, whereas Iridium 33 was owned and operated by the Motorola company based in the United States, the satellite in question was placed into orbit by a Russian Proton carrier rocket from the Baikonur launch site in Kazakhstan⁴⁷. Consequently, not only the United States but also the Russian Federation and Kazakhstan could be regarded as the launching States of Iridium 33 within the meaning of the Liability Convention.

5. Concluding observations

The advocates of conspiracy theories are prone to speculate that the claims for damage in outer space have been resolved by means of clandestine negotiations between the launching States. However, notwithstanding political and courtesy considerations, the indeterminate character of the provisions pertaining to liability in outer space represents the most credible explanation for the absence of formal claims. As a result, unless a satisfactory standard of fault is produced in a binding instrument of international space law, the States are expected to remain reluctant to present demands for compensation. Nevertheless, the previous practice of the spacefaring States shall not be construed as a tacit agreement to suspend the operation of the Liability Convention in whole or in part.

The General Assembly expressed a view that “it is essential that Member States pay more attention to the problem of collisions of space objects”⁴⁸. Arguably, the magnitude of the issue has not been significant enough to justify legal action. It is likely that the threshold of risk acceptable to the spacefaring States or the insurance companies has not been exceeded to date. Therefore, as opposed to invoking the notion of *desuetude*,

⁴⁵ U. N. Doc. A/AC.105/769, p. 6.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ See U. N. Doc. ST/SG/SER.E/332 and R. S. Jakhu, *Iridium-Cosmos Collision and its implications for space operations* [in:] K.-U. Schrogl, B. Baranes, C. Venet, W. Rathgeber (eds.), *Yearbook on Space Policy 2008/2009: Setting New Trends*, Springer, New York 2010, p. 254–275.

⁴⁸ U. N. Doc. A/52/615.

it behooves to acknowledge that liability mechanisms germane to outer space have been held in abeyance.

The inevitable wave of upcoming space accidents, however, will shed light on the prospective application and development of the legal regime of liability. On the one hand, it may re-affirm the principle of liability based on fault and give rise to a satisfactory standard of care. On the other hand, as famously stated by Jenks, “the victim could never hope to discharge the burden of proof involved in establishing fault in the conduct of an ultra-hazardous activity”⁴⁹. Accordingly, the principle of the common heritage of mankind may evolve to embrace not only common but also absolute liability for damage sustained in outer space. Nevertheless, since it could act as a deterrent to harnessing the potential of space technology, the international community may be likewise confronted with a dilemma as to whether international law ought to recognize the concept of liability with respect to damage sustained in outer space.

References

Treaties

Convention on the Continental Shelf, adopted on 26 April 1958, opened for signature on 29 April 1958, entered into force on 10 June 1964.

Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, adopted on 19 December 1966, opened for signature on 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967.

Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space, adopted on 19 December 1967, opened for signature on 22 April 1968, entered into force on 3 December 1968.

Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted on 23 May 1969, opened for signature on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980.

Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, adopted on 29 November 1971, opened for signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972.

Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, adopted on 12 November 1974, opened for signature on 14 January 1975, entered into force on 15 September 1976.

Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, adopted on 5 December 1979, opened for signature on 18 December 1979, entered into force on 11 July 1984.

United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted on 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994.

⁴⁹ C. W. Jenks, *Liability for ultra-hazardous activities in international law* [in:] *Recueil Des Cours, Collected Courses, 1966*, vol. 117, Kluwer Law International, Leyden 1967, p. 180.

Resolutions and Official Documents of International Organizations

Resolutions of the General Assembly of the United Nations

U. N. Doc. A/RES/62/217.

Official Documents of the United Nations

U. N. Doc. A/52/615.

U. N. Doc. A/AC.105/C.2/SR.91.

U. N. Doc. A/AC.105/C.2/2017/CRP.7.

U. N. Doc. A/AC.105/769.

U. N. Doc. A/AC.105/890.

U. N. Doc. A/CN.4/SER.A/1957/Add.1.

U. N. Doc. A/CN.4/107.

U. N., Office for Outer Space Affairs, *Online Index of Objects Launched into Outer Space*, http://www.unoosa.org/oosa/osoindex/search-ng.jsp?lf_id

U. N. Doc. ST/SG/SER.E/332.

Other Official Documents

European Space Agency, *Space debris by the numbers*, http://www.esa.int/Our_Activities/Operations/Space_Debris/Space_debris_by_the_numbers

Inter-Agency Space Debris Coordination Committee, *IADC Space Debris Mitigation Guidelines*, IADC-02-01, rev. 1, September 2007, http://www.iadc-online.org/Documents/IADC-2002-01_IADC_Space_Debris_Guidelines_Revision_1.pdf

Proclamation 2667: Policy of the United States With Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf, 28 September 1945, The American Presidency Project, G. Peters, J. T. Woolley (eds.), <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=12332>

Cases and Arbitral Awards

Permanent Court of International Justice

S. S. Lotus (France v. Turkey), 1927.

International Court of Justice

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012.

International Arbitration

Yuille, Shortridge & Co. (Great Britain v. Portugal), 1861.

Books

Asimov I., *Space garbage*, Gareth Stevens Publishing, Milwaukee 1989.

Grotius H., *On the Law of War and Peace*, Jazzybee Verlag Jürgen Beck, North Charleston 2016.

Viikari L., *The Environmental Element in Space Law: Assessing the Present and Charting the Future*, Martinus Nijhoff, Leiden 2008.

Young K. R., *Space Junk: The Dangers of Polluting Earth's Orbit*, Twenty-First Century Books, Minneapolis 2016.

Articles

Danilenko G. M., Vereshchetin V. S., *Custom as a Source of International Law of Outer Space*, "Journal of Space Law", vol. 13, no. 22, 1985.

David L., *Russian Satellite Hit by Debris from Chinese Anti-Satellite Test*, 8 March 2013, <https://www.space.com/20138-russian-satellite-chinese-space-junk.html>

Hitchens T., *Transparency and Confidence Building in Outer Space Inching Toward Action*, Federation of American Scientists, Public Interest Report, Winter 2011, <https://fas.org/pubs/pir/2011winter/2011Winter-Transparency.pdf>

Jakhu R. S., *Iridium-Cosmos Collision and its implications for space operations* [in:] K.-U. Schrogel, B. Baranes, C. Venet, W. Rathgeber (eds.), *Yearbook on Space Policy 2008/2009: Setting New Trends*, Springer, New York 2010.

Jenks C. W., *Liability for ultra-hazardous activities in international law* [in:] *Recueil Des Cours, Collected Courses, 1966*, vol. 117, Kluwer Law International, Leyden 1967.

Kessler D. J., Cour-Palais B. G., *Collision Frequency of Artificial Satellites: The Creation of a Debris Belt*, "Journal of Geophysical Research", vol. 83, no. A6, 1 June 1978, [http://webpages.charter.net/dkessler/files/Collision Frequency.pdf](http://webpages.charter.net/dkessler/files/Collision%20Frequency.pdf)

Listner M., *Revisiting the Liability Convention: reflections on ROSAT, orbital space debris, and the future of space law*, 17 October 2011, <http://www.thespacereview.com/article/1948/1>

Listner M. J., *Iridium 33 and Cosmos 2251, three years later*, "Space Safety Magazine", 10 February 2012, <http://www.spacesafetymagazine.com/space-debris/kessler-syndrome/iridium-33-cosmos-2251-years-later-learned-then/>

Nolte G., *Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial or Quasi-judicial Proceedings* [in:] G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford 2013.

Wall M., David L., *Legal Action Against China Unlikely in Space Junk Crash with Russian Satellite*, 12 March 2013, <http://www.space.com/20173-china-space-junk-crash-lawsuit.html>

Other sources

Canada: claim against the Union of Soviet Socialist Republics for damaged caused by soviet Cosmos 954, <http://www.emond.ca/links/intlaw7/cases/soviet.doc>

Zagadnienia prawa publicznego

Konrad Kopystyński

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Brak rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej jako negatywna przesłanka przyznania koncesji

Absence of a guarantee of proper performance of activity
under concession as a negative premise of granting a concession

Streszczenie

Okoliczność braku dawania rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej należy uznać za negatywną przesłankę przyznania koncesji, choć nie została ona ujęta wprost w katalogu grupującym negatywne przesłanki z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia analiza przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej dotyczących rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej, a także przepisów obejmujących pozostałe negatywne przesłanki przyznania koncesji. Stanowisko to nie stoi jednocześnie w sprzeczności z zasadą wolności gospodarczej.

Słowa kluczowe

rękojmia, koncesja, przesłanka, działalność gospodarcza, przyznawac

Abstract

The circumstance of an absence of a guarantee of proper performance of activity under concession should be considered as a negative premise of granting a concession, although it is not reflected in a catalogue including negative premises of granting concession, which is regulated in the Act of Freedom of Economic Activities. Deliberations on provisions relating to a guarantee of a proper performance of activity under concession and provisions including other negative premises of granting a concession argue in favor of adopting that position. At the same time, that position is not contrary to the principle of economic freedom.

Keywords

guarantee, concession, premise, economic activity, grant

1. Wstęp

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹, regulując instytucję koncesji, wymienia m.in. negatywne przesłanki jej przyznania. Są to okoliczności prawne lub faktyczne, których stwierdzenie na etapie badania wniosku o przyznanie koncesji, stanowi lub też może stanowić podstawę wydania decyzji odmownej. Wśród negatywnych przesłanek przyznania koncesji ustawodawca nie wskazał wprost okoliczności braku dawania przez przedsiębiorcę rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej. Niemniej, w orzecznictwie występuje pogląd, zgodnie z którym brak dawania rękojmi stanowi negatywną przesłankę przyznania koncesji². Nie jest to jednak stanowisko jednolite, a nawet dominujące³. Także w piśmiennictwie przeważa stanowisko, zgodnie z którym brak dawania rękojmi nie może stanowić samodzielnej podstawy odmowy przyznania koncesji⁴. Niniejsze opracowanie ma na celu zbadanie, czy zasadne jest zaliczenie braku dawania rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej do negatywnych przesłanek przyznania koncesji pomimo braku wyraźnego uregulowania tej okoliczności w ustawowym katalogu obejmującym te przesłanki. Niezbędne do tego będzie przeprowadzenie analizy przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jak również innych aktów normatywnych, a także odwołanie się do poglądów wyrażonych w doktrynie i orzecznictwie w odniesieniu do zagadnienia rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba, iż obecnie (tj. 28 lutego 2018 r.) w parlamencie trwają prace legislacyjne, w związku z którymi planowane jest uchycenie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i zastąpienie jej kilkoma innymi ustawami, w tym ustawą z dnia 26 stycznia 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (projekt). Ustawa ta na dziś nie została jednakże jeszcze uchwalona i nie można przewidzieć, w jakim dokładnie kształcie (oraz czy w ogóle) wejdzie ona w życie. Rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu opierają się zatem na stanie prawnym aktualnym w momencie jego pisania.

2. Pojęcie koncesji oraz negatywne przesłanki jej przyznania

Koncesja należy do podstawowych pojęć administracyjnego prawa materialnego, nie została jednakże zdefiniowana ustawowo. W ślad za Sądem Najwyższym wskazać należy,

¹ Dz. U. z 2017 r., poz. 2168, dalej jako: u.s.d.g. lub ustawa o swobodzie działalności gospodarczej.

² Patrz: wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/07, LEX nr 1645903; postanowienie SN z dnia 4 lipca 2012 r., III SK 1/12, LEX nr 1238105.

³ Patrz: wyrok SN z dnia 9 lutego 2017 r., III SK 71/15, LEX nr 2254781; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r., VI SA/Wa 3504/14, LEX nr 2086071.

⁴ A. Powałowski, [w:] A. Powałowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC grupa Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 225.

iż jest ona publicznoprawnym uprawnieniem podmiotowym, przyznawanym w drodze decyzji administracyjnej, indywidualnie oznaczonemu podmiotowi, spełniającemu ustawowo unormowane warunki wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej⁵. W piśmiennictwie uwydatnia się także inne cechy koncesji, takie jak jej niezbywalność⁶ oraz konstytutywny charakter⁷. Koncesjonowanie jest natomiast środkiem reglamentacyjnym, ograniczającym swobodę prowadzenia działalności gospodarczej określonego rodzaju⁸. Podkreśla się przy tym kwalifikowany charakter koncesji, dotyczy ona bowiem rodzajów działalności gospodarczej o szczególnym znaczeniu dla państwa ze względu na konieczność ochrony jego strategicznych interesów, w tym bezpieczeństwa państwa i obywateli⁹. W ujęciu historycznym koncesjonowane rodzaje działalności gospodarczej objęte były tradycyjnie państwowym monopolem, dlatego też koncesję traktować można jako swoiste odstępienie od prawnego monopolu państwa w danej sferze¹⁰. Wreszcie, koncesja jest aktem w znacznej mierze opartym na uznaniu administracyjnym¹¹, przy czym uznanie to odnosić się będzie zarówno do samego rozstrzygnięcia w sprawie udzielenia, zmiany lub cofnięcia koncesji (które w znacznej mierze ma charakter fakultatywny), jak również interpretacji licznych pojęć nieostrych, występujących w przepisach dotyczących koncesji.

Koncesja w istotnym zakresie unormowana jest przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przepisy te określają m.in. zestawienie negatywnych przesłanek przyznania koncesji, wyrażone w art. 56 ust. 1 u.s.d.g. Ujęte w tym przepisie przesłanki mają charakter ogólny i znajdują zastosowanie we wszystkich sprawach o udzielenie koncesji, niezależnie od jej rodzaju. Katalog przesłanek ogólnych uzupełniany jest natomiast przesłankami dotyczącymi koncesji na wykonywanie określonego rodzaju działalności gospodarczej, które to przesłanki uregulowane są każdorazowo w ustawach szczególnych. Występowanie tych przesłanek zostało zaznaczone poprzez odwołanie z art. 56 ust. 1 pkt 4 u.s.d.g.

Dla porządku w tym miejscu przytoczyć należy, iż do odrębnych ustaw zawierających negatywne przesłanki przyznania koncesji na określony rodzaj działalności gospodarczej należą:

- 1) ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze¹²,

⁵ Patrz: wyrok SN z dnia 8 maja 1998 r., III RN 34/98, Legalis nr 42191.

⁶ C. Kosikowski, *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 10, s. 5.

⁷ T. Szanciło, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 3, s. 36.

⁸ J. Boć, *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2000, s. 317.

⁹ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 273.

¹⁰ C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Wydawnictwa Instytutu Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych Kraków 1996, s. 26.

¹¹ K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 250.

¹² Dz. U. z 2017 r., poz. 2126.

- 2) ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹³,
- 3) ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia¹⁴,
- 4) ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji¹⁵,
- 5) ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym¹⁶,
- 6) ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze¹⁷,
- 7) ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych¹⁸.

Trzeba jednakże odnotować, iż żadna z wymienionych ustaw nie posługuje się pojęciem rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności, ani tym bardziej nie kwalifikuje tej okoliczności jako przesłanki uzyskania koncesji, za wyjątkiem ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Ustawa ta w treści art. 49k ust. 1 pkt 3 odnosi się do należytej rękojmi wykonywania działalności w zakresie poszukiwania i rozpoznawania złóż węglowodorów oraz wydobywania węglowodorów ze złóż albo wyłącznie wydobywania węglowodorów ze złóż. W świetle tej ustawy rękojmia, w odniesieniu do finansowych możliwości przedsiębiorcy, stanowi jedno z kryteriów przetargu, którego przeprowadzenie stanowi początkowy etap postępowania o udzielenie koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złoża węglowodorów oraz wydobywanie węglowodorów ze złoża lub koncesji na wydobywanie węglowodorów ze złoża. Z jednej strony zatem rękojmia na gruncie tej ustawy również nie stanowi ogólnej przesłanki koncesji na wszystkie rodzaje koncesjonowanej działalności gospodarczej przewidziane ustawą (jest ich bowiem znacznie więcej niż działalność odnosząca się do złóż węglowodorów, pełen katalog rodzajów koncesjonowanych działalności wymienia art. 21 ust. 1 ustawy). Z drugiej natomiast strony, także w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, pojęcie rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej zostało wykorzystane przy okazji ukształtowania warunków zarządzenia przetargu w sytuacji, gdy liczba koncesji przewidzianych do udzielenia jest ograniczona (stosownie do brzmienia art. 52 ust. 1 u.s.d.g.), co zostanie szerzej rozwinięte w dalszej części opracowania.

W doktrynie dominuje stanowisko o wyczerpującym charakterze katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g.¹⁹ Wskazuje się przy tym, iż wykładnia rozszerzająca wzmiankowanego przepisu jest niedopuszczalna w świetle obowiązywania konstytucyjnej zasady wolności

¹³ Dz. U. z 2017 r., poz. 220.

¹⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 2213.

¹⁵ Dz. U. z 2017 r., poz. 1414.

¹⁶ Dz. U. z 2017 r., poz. 290.

¹⁷ Dz. U. z 2017 r., poz. 959.

¹⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 471.

¹⁹ K. Kohutek, [w:] M. Brożyna i in., *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX/el. 2005, kom. do art. 56 u.s.d.g.

gospodarczej²⁰, z której wynika swoboda prowadzenia działalności gospodarczej. Wymóg uprzedniego uzyskania koncesji w celu wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej niewątpliwie stanowi ograniczenie tej swobody, a przez musi być traktowany w kategoriach wyjątku od obowiązującej zasady. Wyjątki zaś winny być traktowane zawężająco, w myśl zasady *exceptiones non sunt extendendae*. Za takim poglądem przemawiają też powiązane z powyższą zasadą względy pewności co do treści rozstrzygnięcia wydanego w sprawie.

Nie kwestionując generalnej słuszności wyżej przytoczonych uwag o niedopuszczalności stosowania wykładni rozszerzającej w stosunku do norm zawierających ograniczenia zasady wolności gospodarczej, wskazać należy, że kwestia otwartości katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g. zdaje się być w znacznej mierze problemem jedynie teoretycznym z uwagi na treść samych przesłanek w nim ujętych. Z jednej bowiem strony przesłanka z art. 56 ust. 1 pkt 4 u.s.d.g. zawiera wyraźne odesłanie do ustaw szczególnych i każe tam poszukiwać dodatkowych okoliczności mogących stanowić podstawę decyzji odmownej w sprawie o udzielenie koncesji. Z drugiej zaś strony, również przesłanka z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. obejmuje kolejne odesłanie, tym razem o charakterze wewnętrznym – do innych przepisów zawartych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Niewątpliwie bowiem „warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją określone w ustawie” obejmują także wymogi zawarte w tej ustawie (albo nawet – przede wszystkim w tej ustawie, odwołanie do odrębnych ustaw ujęte zostało wszakże we wspomnianej przesłance z art. 56 ust. 1 pkt 4 u.s.d.g.). Co więcej, analizowany przepis stanowi jedynie o „niespełnianiu” tych warunków. Nie wymaga natomiast, by miało ono kwalifikowany charakter, jak to jest choćby w przypadku przesłanki cofnięcia koncesji, wyrażonej w art. 58 ust. 2 pkt 1 u.s.d.g., a polegającej na „rażącym [podkreślenie – K.K.] naruszeniu warunków wykonywania koncesjonowanej działalności”. Odwołanie zawarte w treści przesłanki negatywnej z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. ma zatem charakter prosty, a dla jej zaktualizowania wystarczające jest niespełnienie przez przedsiębiorcę jakiegokolwiek warunku wykonywania koncesjonowanej działalności, niezależnie od ciężaru naruszonego warunku czy też natężenia naruszenia.

Zakres treściowy przesłanek ujętych w katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g. jednoznacznie więc przesądza, iż okoliczności mogących stanowić materialną przeszkodę w udzieleniu koncesji szukać należy także poza tym przepisem, i to nie tylko wśród przepisów ustaw szczególnych. Tytułem przykładu można przytoczyć treść art. 61 u.s.d.g.: „przedsiębiorca, któremu cofnięto koncesję z przyczyn, o których mowa w art. 58 ust. 1 pkt 1 i ust. 2, może wystąpić z wnioskiem o ponowne udzielenie koncesji w takim samym zakresie nie wcześniej niż po upływie 3 lat od dnia wydania decyzji o cofnięciu koncesji”.

²⁰ Wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

Nie ma wątpliwości, że przepis ten konstytuuje odrębną przesłankę negatywną udzielenia koncesji, o charakterze temporalnym²¹. Sprowadzać się ona będzie do sytuacji, w której nie upłynął termin trzyletni w dacie złożenia wniosku o przyznanie koncesji przez przedsiębiorcę, któremu wcześniej już ją cofnięto. Treść art. 61 u.s.d.g. dowodzi zatem, że negatywne przesłanki przyznania koncesji uregulowane zostały w treści ustawy także poza wyliczeniem z art. 56 ust. 1 u.s.d.g.

Powyższe rozważania mają istotne znaczenie dla uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej należy uznać za negatywną przesłankę przyznania koncesji. Okoliczność dotycząca rękojmi nie jest bowiem wprost wymieniona w katalogu przesłanek z art. 56 ust. 1 u.s.d.g. Jednakże po ustaleniu, iż materialne podstawy do wydania decyzji odmownej w sprawie udzielenia koncesji znajdują się także w przepisach umiejscowionych poza ramami tego katalogu, niezbędne jest w dalszej kolejności zbadanie, czy w treści ustawy o swobodzie działalności gospodarczej występuje przepis, z którego można wywieść negatywną przesłankę przyznania koncesji w oparciu o brak rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej.

3. Brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywna przesłanka przyznania koncesji

Rękojmia prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej nie jest pojęciem ustawowo zdefiniowanym. Można jednakże przyjąć, że rękojmię daje ten przedsiębiorca, w stosunku do którego istnieje uzasadnione przekonanie, że należycie będzie wykonywał koncesjonowaną działalność²². Ocena w przedmiocie występowania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej dokonywana jest w oparciu o informacje na temat cech, predyspozycji i dotychczasowego zachowania wnioskującego o wydanie koncesji przedsiębiorcy, jak również przy uwzględnieniu charakteru koncesjonowanej działalności gospodarczej²³. Kwestia rękojmi jest zatem pewnego rodzaju prognozą co do tego, jak przedsiębiorca będzie wywiązywał się ze swoich obowiązków związanych z wykonywaniem koncesjonowanej działalności gospodarczej już po uzyskaniu koncesji. Rękojmia stanowi w rezultacie swoistą gwarancję, że koncesjonariusz prowadził będzie działalność gospodarczą zgodnie z przepisami prawa, nie dopuszczając się przy tym nadużyć.

²¹ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 56 u.s.d.g.

²² A. Powałowski, *op. cit.*, s. 225.

²³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/17, LEX nr 1645903.

Rękojmia prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jest pojęciem niedookreślonym²⁴, a jej występowanie lub brak w każdej sprawie należy badać *a casu ad casum* przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności prawno-faktycznych. Niemniej, tradycyjnie do okoliczności przesądzających o braku dawania rękojmi zalicza się fakt uprzedniego naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy mającej związek z przedmiotem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej²⁵. Inną okolicznością wpływającą na ocenę w przedmiocie rękojmi jest ogólna kondycja finansowa przedsiębiorcy²⁶ czy też fakt jego uprzedniej karalności²⁷. Z drugiej strony, przykładowo, pojedynczy przypadek stwierdzenia wprowadzenia do obrotu paliwa niespełniającego norm przez przedsiębiorcę działającego w branży paliwowej od wielu lat nie przesądza jeszcze o braku dawania przez tego przedsiębiorcę rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności w zakresie obrotu paliwami²⁸.

Jak już zostało wspomniane, brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej nie został ujęty w katalogu grupującym negatywne przesłanki przyznania koncesji. Należy jednak zauważyć, że przesłanka taka była unormowana w art. 20 ust. 6 nieobowiązującej już ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej²⁹. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu odmowa udzielenia koncesji mogła nastąpić, gdy przedsiębiorca nie dawał rękojmi należytego wykonywania działalności gospodarczej. Kolejna ustawa, także już nieobowiązująca, z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej³⁰, przesłanki takiej już nie ujmowała. Argument z wykładni historycznej przemawia więc za tym, by na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego nie traktować rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywnej przesłanki przyznania koncesji. Kolejne działania ustawodawcy mogą bowiem świadczyć, iż jego wolą było uniezależnienie rozstrzygnięcia o przyznaniu koncesji od okoliczności dawania rękojmi przez wnioskującego o koncesję przedsiębiorcę. Brak ujęcia tej okoliczności w katalogu negatywnych przesłanek w ustawie z dnia 19 listopada 1999 r. było wyraźną zmianą w porównaniu z uregulowaniem zawartym w ustawie uprzednio obowiązującej, a nadto zostało utrzymane na gruncie obecnie obowiązującej ustawy, co zdaje się tylko potwierdzać kierunek obrany przez ustawodawcę.

²⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2010 r., VI SA/Wa 1212/10, LEX nr 737911; także: C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, wyd. VII, LexisNexis, 2013, LEX, kom. do art. 50, nb. 2.

²⁵ Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/17, LEX nr 1645903.

²⁶ Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2016 r., VI ACa 208/15, LEX nr 2053893.

²⁷ Wyrok SOKiK z dnia 4 kwietnia 2007 r., XVII Ame 166/06, LEX nr 1724308.

²⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 czerwca 2007 r., VI ACa 187/07, LEX nr 1645936.

²⁹ Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

³⁰ Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

Mając na uwadze powyższe argumenty odwołujące się do wykładni historycznej, nie można jednakże pominąć tego, że w treści obecnie obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie zrezygnowano całkowicie z normatywnego wykorzystania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej. Pojęcie to pojawia się w niej dwukrotnie. Stosownie do dyspozycji art. 50 pkt 2 u.s.d.g.: „przed podjęciem decyzji w sprawie udzielenia koncesji lub jej zmiany organ koncesyjny może dokonać sprawdzenia faktów podanych we wniosku o udzielenie koncesji w celu stwierdzenia, czy przedsiębiorca spełnia warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją oraz czy daje rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją”. Z kolei w myśl art. 52 ust. 1 u.s.d.g.: „jeżeli liczba przedsiębiorców, spełniających warunki do udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia, organ koncesyjny zarządza przetarg, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji”.

Z treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. wyprowadzić można kompetencję organu koncesyjnego do badania kwestii rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej u przedsiębiorcy ubiegającego się o uzyskanie koncesji. Z przytoczonego przepisu, ani z żadnego innego, nie wynika jednakże wprost, że w razie stwierdzenia, iż przedsiębiorca nie daje rękojmi, można w oparciu o to odmówić udzielenia mu koncesji. Z drugiej strony, nasuwa się pytanie o sens tego uregulowania, skoro ustawodawca nie powiązał wspomnianej kompetencji organu ze skutkiem w postaci możliwości wydania na tej podstawie decyzji negatywnej w przedmiocie przyznania koncesji. Wskazuje się w doktrynie, że kompetencję organu koncesyjnego do sprawdzenia faktów pod kątem dawania przez przedsiębiorcę rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej należy wiązać z treścią art. 52 pkt 1 u.s.d.g., normującego warunki zarządzenia przetargu³¹. Jedną z przesłanek wykorzystania trybu przetargowego istotnie dotyczy liczby przedsiębiorców legitymujących się rękojmią prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej. Można mieć jednakże poważne wątpliwości, czy opisana kompetencja organu koncesyjnego określona w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. rzeczywiście ogranicza się jedynie do sytuacji, kiedy należy zbadać warunki niezbędne do zarządzenia przetargu o udzielenie koncesji.

Wymaga podkreślenia, że odesłanie do stosowania art. 50 pkt 2 u.s.d.g. w odniesieniu do rękojmi w zakresie wyznaczonym wyłącznie przez art. 52 ust. 1 u.s.d.g. nie znajduje żadnej wyraźnej podstawy ustawowej, a wynika jedynie z faktu, iż oba przepisy jako jedyne na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej posługują się pojęciem

³¹ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 50 u.s.d.g.; także: wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej³². Co więcej, obok rękojmi, w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. ustawodawca używa także pojęcia „warunków wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją”, które to pojęcie również powtórzone jest następnie w treści art. 52 ust. 1 u.s.d.g. (w takim samym kontekście jak rękojmia). W tym wypadku jednak nie ma wątpliwości, iż kompetencja organu koncesyjnego do sprawdzenia spełnienia przez przedsiębiorcę warunków wykonywanej działalności gospodarczej odnosi się do szerszego spektrum sytuacji niż tylko do tych związanych z zarządzaniem przetargu. Oczywiście jest bowiem, że właściwy organ zobowiązany jest badać spełnienie tych warunków każdorazowo przy rozstrzygnięciu sprawy o udzielenie koncesji, natomiast stwierdzenie ich niespełnienia stanowi jedną z negatywnych przesłanek przyznania koncesji, unormowaną w przepisie art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g.

Dalej, jak wynika z treści art. 52 ust. 1 u.s.d.g., okoliczność, iż liczba zainteresowanych uzyskaniem koncesji przedsiębiorców spełniających warunki do jej udzielenia jest większa niż liczba koncesji do udzielenia, sama w sobie nie stanowi jeszcze podstawy zarządzenia przetargu na udzielenie koncesji. Dopiero stwierdzenie, że liczba takich przedsiębiorców, jednocześnie dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej, przewyższa liczbę koncesji przewidzianych do udzielenia, w efekcie wymaga zarządzania obligatoryjnego przetargu. Wprost wynika z tego, że brak dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej stanowi w takiej sytuacji przeszkodę w otrzymaniu koncesji. W oparciu o to można zatem okoliczność tę uznać za negatywną przesłankę udzielenia koncesji, jednakże o charakterze względnym – znajduje ona bowiem zastosowanie jedynie w ściśle określonym układzie postępowania, kiedy zachodzi potrzeba zarządzania przetargu w przedmiocie udzielenia koncesji³³. Trzeba w tym miejscu podkreślić, iż tryb przetargowy rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej ma charakter wyjątkowy, zasadą jest natomiast przeprowadzenie tradycyjnego postępowania wyjaśniającego z wykorzystaniem rozprawy administracyjnej. Wprowadzona tutaj instytucja przetargu nawiązuje do obrotu cywilnoprawnego, gdzie zasadniczym kryterium wyboru oferenta jest cena, jaką ten oferuje za dany towar lub usługę³⁴.

Więcej natomiast wątpliwości pojawia się przy rozważeniu hipotetycznej sytuacji, kiedy liczba koncesji przewidzianych do udzielenia jest mniejsza niż liczba przedsiębiorców spełniających formalne warunki jej uzyskania, ale jednocześnie większa niż liczba przedsiębiorców spełniających te warunki, którzy dodatkowo legitymują się da-

³² A. Powalowski, [w:] A. Powalowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, ABC LEX, Warszawa 2007, kom. do art. 50 u.s.d.g., nb. 3.

³³ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 50 u.s.d.g.; także: wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

³⁴ C. Kosikowski, *Ustawa...*, kom. do art. 52, nb. 1.

waniem rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją. Wykluczone jest wówczas zarządzenie przetargu, nie są bowiem spełnione warunki z art. 52 ust. 1 u.s.d.g. Mając natomiast na uwadze, iż tryb przetargowy w postępowaniu administracyjnym sam w sobie ma charakter wyjątkowy, niedopuszczalne jest jego wykorzystanie w przypadkach innych niż ustawowo określone. Nie ma natomiast żadnych przeciwwskazań, by w takiej sytuacji przeprowadzić rozprawę administracyjną, która z jednej strony ułatwi wybór koncesjonariuszy, z drugiej zapewni realizację innych zasad postępowania administracyjnego, takich jak zasada bezpośredniości, koncentracji dowodów, a w tym wypadku także zasada kontrydiktoryjności³⁵. Rodzi się natomiast w związku z tym pytanie: czy organ koncesyjny winien wówczas przy rozstrzygnięciu w przedmiocie koncesji brać pod uwagę kryterium dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej? Trzeba zauważyć, że przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym właściwy organ nie powinien brać tej kwestii pod uwagę, mogłoby spowodować, iż koncesję uzyskaliby przedsiębiorcy nie dający rękojmi kosztem przedsiębiorców ją dających (jeżeli w ocenie organu koncesyjnego ci pierwsi lepiej sprościliby pozostałym warunkom uzyskania koncesji). A przecież przedsiębiorcy nie dający rękojmi w takim wariantcie w ogóle nie zostaliby dopuszczeniu do przetargu o udzielenie koncesji, gdyby w ogólnym rozrachunku większa liczba wnioskodawców dawała rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej niż było koncesji do rozdysponowania. Pociągałoby to za sobą dość nielogiczny w swej wymowie wniosek, że okolicznością działającą w praktyce na niekorzyść przedsiębiorców dających rękojmi jest okoliczność braku dawania rękojmi u przedsiębiorców rywalizujących z nimi o uzyskanie koncesji.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż nie do zaakceptowania w wyżej zarysowanej sytuacji byłoby przyjęcie rozwiązania polegającego na przyznaniu koncesji w pierwszej kolejności przedsiębiorcom legitymującym się rękojmią prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej, a dopiero następnie ocena wniosków reszty przedsiębiorców w celu rozdysponowania pozostałych, nieprzyznanych wcześniej koncesji. Rozwiązanie to tylko pozornie pozwala wyeliminować trudne do zaakceptowania w praktyce następstwa przedstawionego rozumowania. Zachowując konsekwencję, trzeba byłoby bowiem przyjąć, że skoro nie zachodzą warunki do zarządzenia przetargu, brak jest również podstaw do różnicowania ofert przy rozstrzygnięciu w oparciu o pozaustawowe kryterium, jakim jest okoliczność dawania rękojmi (mogłaby ona bowiem mieć w takim wypadku znaczenie prawne jedynie w specyficznej sytuacji procesowej związanej z koniecznością zarządzenia przetargu, zgodnie z brzmieniem art. 52 ust. 1 u.s.d.g.).

³⁵ B. Adamiak, [w:] A. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 15, Legalis, C.H. Beck, Warszawa 2017, kom. do art. 89, nb 1.

Powyższe rozważania budzą poważne wątpliwości co do zasadności uznawania braku rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywnej przesłanki przyznania koncesji tylko w razie zarządzenia przetargu. Przyjęcie takiego stanowiska wiązałoby się z trudnymi do zaakceptowania implikacjami w wymiarze funkcjonalnym. Nadto, skoro w ramach trybu przetargowego kryterium dawania rękojmi wprost zostało przez ustawodawcę uznane za istotne przy wyborze przyszłych koncesjonariuszy, brak jest przekonujących powodów, dla których należałoby takiej istotności mu odmówić przy rozstrzyganiu spraw o udzielenie koncesji w pozostałych przypadkach. Niezależnie bowiem od zastosowanego trybu (z wykorzystaniem przetargu czy bez) koncesja uprawnia do prowadzenia działalności gospodarczej w sferach o szczególnym znaczeniu dla państwa ze względu na jego strategiczne interesy. Kształtując przesłankę rękojmi przy wyborze koncesjonariuszy w ramach trybu przetargowego, ustawodawcy niewątpliwie przyświecał cel w postaci wzmocnienia ochrony interesu publicznego. Przejawia się on w umożliwieniu wykonywania działalności gospodarczej w newralgicznych dla państwa dziedzinach jedynie przedsiębiorcom dającym gwarancję, że należycie wywiążą się z wynikających z tego obowiązków. Pozbawiając okoliczności dotyczącej rękojmi relewantności prawnej przy rozstrzyganiu ogółu spraw o przyznanie koncesji, ustawodawca tym samym dopuściłby do nieuzasadnionego narażenia interesu publicznego w porównaniu z procedurą zakładającą skorzystanie z instytucji przetargu.

Zwrócić uwagę trzeba również na okoliczność, że w sytuacji ograniczonej liczby koncesji do rozdysponowania organ koncesyjny zobowiązany jest zbadać kwestię rękojmi prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej przez każdego z wnioskodawców w sytuacji, gdy przedsiębiorców ubiegających się o uzyskanie koncesji, spełniających pozostałe warunki jej uzyskania, będzie więcej niż liczba przewidzianych koncesji, niezależnie od tego, czy liczba takich przedsiębiorców dających rękojmię ostatecznie również przewyższy liczbę koncesji do rozdysponowania. Co prawda zarządzenie przetargu w myśl art. 52 ust. 1 następuje wyłącznie w tym drugim przypadku, jednak, z oczywistych względów, żeby stwierdzić, że liczba przedsiębiorców dających rękojmię jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia, trzeba uprzednio zbadać istnienie tej rękojmi u każdego przedsiębiorcy. W efekcie nawet jeżeli finalnie nie zostaną spełnione warunki do zarządzenia przetargu, organ i tak będzie musiał dokonać ustaleń w przedmiocie występowania rękojmi u wszystkich wnioskodawców.

Nie jest przekonujący argument wysuwany dla uzasadnienia braku uznania rękojmi jako ogólnej przesłanki negatywnej przyznania koncesji, a odwołujący się do zasady wolności gospodarczej i wynikającego z niej zakazu stosowania wykładni rozszerzającej w stosunku do przepisów stanowiących wyjątek od tej zasady. Wymaga podkreślenia, że o ile podstawy wydania decyzji odmownej w sprawie o udzielenie koncesji mu-

szą być ustawowo określone, o tyle niekoniecznie muszą one zamykać się w katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g., już bowiem w jego treści zawarte są odesłania zarówno do innych przepisów w ramach ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jak również do odrębnych ustaw. Przepisem zawierającym materialną podstawę do odmowy wydania koncesji w oparciu o brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jest art. 50 pkt 2 u.s.d.g. w zw. z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. Przeprowadzona analiza nie dała podstaw do przyjęcia, że zastosowanie tego przepisu ogranicza się jedynie do sytuacji określonej w art. 52 ust. 1 u.s.d.g. związanej z przeprowadzeniem przetargu w sytuacji ograniczonej liczby koncesji do wydania. Podobnie wykluczyć należy koncepcję, stosownie do której przepis art. 50 pkt 2 u.s.d.g. ustanowiony został w związku z określonymi regulacjami ustaw szczególnych. Żadna z ustaw szczególnych nie określa bowiem rękojmi prawidłowego wykonywania działalności jako ogólnej przesłanki przyznania koncesji. W świetle tego uznać trzeba, iż kompetencja organu koncesyjnego do zbadania występowania u przedsiębiorcy rękojmi rozciąga się na wszystkie sprawy o udzielenie koncesji, bez jej zawężenia jedynie do przypadków związanych z koniecznością zarządzenia przetargu.

W tym miejscu zaznaczyć należy, iż z brzmienia art. 50 pkt 2 u.s.d.g. wynika, że ustawodawca rozróżnia „warunki wykonywania działalności objętej koncesją” oraz „rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją”³⁶. Płyne z tego wniosek, że rękojmia nie jest jednym z warunków wykonywania koncesjonowanej działalności w rozumieniu art. 50 pkt 2 u.s.d.g. Co więcej, wskazuje się w orzecznictwie, że wykładnia pojęcia rękojmi winna być dokonywana w oparciu o inne czynniki niż te dotyczące pozostałych ustawowo określonych warunków uzyskania koncesji³⁷. Jak się jednak wydaje, uwagi te nie stoją na przeszkodzie określeniu podstawy materialnej odmowy przyznania koncesji w art. 50 pkt 2 u.s.d.g. w zw. z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. (ten ostatni stanowi o niespełnianiu warunków działalności objętej koncesją określonych w ustawie). Podkreślić trzeba, iż art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. bardzo szeroko ujmuje warunki koncesjonowanej działalności gospodarczej – chodzi zarówno o warunki określone w samej ustawie, jak również szczególne warunki określone przez organ koncesyjny, w granicach odrębnych ustaw, w trybie art. 48 ust. 2 u.s.d.g. lub 51 ust. 1 u.s.d.g. Przy tak szerokim ujęciu warunków wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej przez ustawodawcę trudno zakładać, iż jego wolą było pominięcie wśród nich rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej. Nadto, przynajmniej w ramach trybu przetargowego, unormowanego w art. 52 ust. 1 u.s.d.g., dawanie rękojmi stanowi niewątpliwie warunek dopuszczenia do przetargu (a przez to uzyskania kon-

³⁶ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 50 u.s.d.g.

³⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 listopada 2008 r., VI SA/Wa 315/08, LEX nr 1062475.

cesji) w rozumieniu materialnoprawnym, tj. należy traktować ją jako okoliczność prawną lub faktyczną, której zaistnienie jest niezbędne dla wywołania określonego skutku prawnego. Dlatego też wniosek o niedopuszczalności wiązania braku dawania rękojmi z przesłanką niespełniania ustawowych warunków wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. jedynie w oparciu o zestawienie przez ustawodawcę tych warunków i rękojmi w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. trudno uznać za uzasadniony. Można natomiast przedstawić interpretację, w oparciu o którą wymienienie przez ustawodawcę w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. obok warunków wykonywania koncesjonowanej działalności także pojęcia rękojmi miało na celu jedynie podkreślenie, że ta ostatnia także stanowi jeden z tych warunków.

Należy przy tym podkreślić, iż nawet przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją nie stanowi jednego z warunków wykonywania koncesjonowanej działalności w rozumieniu art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g., nie stoi na przeszkodzie uznaniu art. 50 pkt 2 u.s.d.g. za podstawę samodzielnej przesłanki negatywnej udzielenia koncesji, bez potrzeby wiązania jej z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. W dalszym ciągu jest to bowiem podstawa ustawowo określona, a jedynie znajdująca się poza katalogiem z art. 56 ust. 1 u.s.d.g., podobnie zresztą jak choćby przesłanka z art. 61 u.s.d.g.

Nieprzekonującym argumentem przeciwko uznaniu rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej za negatywną przesłankę przyznania koncesji jest również odwołanie się do tego, iż odmowa udzielenia koncesji nie może nastąpić w oparciu o tak niejednoznaczną okoliczność, gdyż również w tym wymiarze godzi to w zasadę wolności gospodarczej oraz pewności wobec prawa³⁸. Wskazać należy, iż jedną z cech wyróżniających koncesję jest właśnie jej uznaniowość, występująca w znacznie szerszym wymiarze niż w przypadku pozostałych aktów reglamentacyjnych. Uznaniowy charakter koncesji przejawia się m.in. w ukształtowaniu przesłanek jej przyznania oraz cofnięcia w oparciu o pojęcia niedookreślone. Podkreślenia wymaga, iż postać klasycznej klauzuli generalnej przyjmuje negatywna przesłanka przyznania koncesji, dotycząca zagrożenia obronności lub bezpieczeństwa państwa lub obywateli³⁹, wyrażona w treści art. 56 ust. 1 pkt 2 u.s.d.g., a więc ujęta wprost w katalogu grupującym okoliczności stanowiące podstawy odmowy udzielenia koncesji. Co więcej, okoliczność ta stanowi jednocześnie przesłankę cofnięcia koncesji, unormowaną w dyspozycji art. 58 ust. 3 u.s.d.g. Wynika z tego, że ustawodawca wyraźnie dopuścił

³⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r., VI SA/Wa 3504/14, LEX nr 2086071.

³⁹ M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, kom. do art. 56 u.s.d.g., nb. 4.

w przypadku koncesji występować negatywnych przesłanek jej przyznania oraz przesłanek cofnięcia w formie pojęć niedookreślonych o wysoce ocennym charakterze.

Wreszcie argument z wykładni historycznej, a nawiązujący do uregulowania kwestii rękojmi należytego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywnej przesłanki przyznania koncesji na gruncie ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, nie przesądza o zasadności poglądu, w myśl którego obecnie brak dawania rękojmi nie stanowi podstawy wydania decyzji odmownej w sprawie o przyznanie koncesji. W oparciu o wyżej przedstawione rozważania dotyczące art. 50 pkt 2 u.s.d.g. wskazać należy, iż to ten przepis zawiera w aktualnym stanie prawnym tę przesłankę. Mając to na uwadze, uzasadniona jest konstatacja, że ustawodawca nie tyle wyeliminował okoliczność braku dawania rękojmi spośród negatywnych przesłanek przyznania koncesji, co jedynie zmodyfikował treść przepisu ją konstytuującego, pozostawiając jednakże niezmienny skutek normatywny w postaci kompetencji organu koncesyjnego do odmowy udzielenia koncesji w oparciu o stwierdzenie braku rękojmi.

4. Wnioski

Okoliczność braku dawania rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej nie została co prawda ujęta wprost w katalogu negatywnych przesłanek przyznania koncesji z art. 56 ust. 1 u.s.d.g., należy ją jednak uznać za samodzielną podstawę odmowy udzielenia koncesji w oparciu o treść art. 50 pkt 2 u.s.d.g. Przepis ten bowiem określa kompetencję organu koncesyjnego do zbadania występowania rękojmi u ubiegającego się o uzyskanie koncesji przedsiębiorcy, nadto jego zastosowanie nie ogranicza się jedynie do sytuacji, kiedy wymagane jest zarządzanie przetargu w trybie art. 52 ust. 1 u.s.d.g. W konsekwencji wyprowadzić można z niego normę konstytuującą samodzielną negatywną przesłankę przyznania koncesji. Rozwiązanie to jednocześnie nie pozostaje w nieuzasadnionej kolizji z zasadą wolności gospodarczej.

Bibliografia

Orzeczenia

Wyrok SN z dnia 8 maja 1998 r., III RN 34/98, Legalis nr 42191.

Wyrok SOKiK z dnia 4 kwietnia 2007 r., XVII Ame 166/06, LEX nr 1724308.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 czerwca 2007 r., VI ACa 187/07, LEX nr 1645936.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/07, LEX nr 1645903.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 listopada 2008 r., VI SA/Wa 315/08, LEX nr 1062475.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2010 r., VI SA/Wa 1212/10, LEX nr 737911.

Postanowienie SN z dnia 4 lipca 2012 r., III SK 1/12, LEX nr 1238105.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r., VI SA/Wa 3504/14, LEX nr 2086071.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2016 r., VI ACa 208/15, LEX nr 2053893.

Wyrok SN z dnia 9 lutego 2017 r., III SK 71/15, LEX nr 2254781.

Literatura

Adamiak A., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 15, Legalis, C.H. Beck Warszawa 2017.

Boć J., *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.

Brożyna M. i in., *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX/el. 2005.

Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2009.

Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009.

Kosikowski C., *Koncesje w prawie polskim*, Wydawnictwa Instytutu Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1996.

Kosikowski C., *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 10.

Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, wyd. VII, LexisNexis, 2013.

Powałowski A. (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC grupa Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

Powałowski A. (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, ABC, LEX, Warszawa 2007.

Sieradzka M., Zdyb M., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

Szanciło T., *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 3.

Maciej Błażewski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

Uniwersytet Wrocławski

Zasada powszechności elektronicznej administracji

The principle of commonness in e-government

Streszczenie

Zasada powszechności elektronicznej administracji jest zasadą prawa wyrażoną w prawie polskim oraz w prawie Unii Europejskiej. Zasada ta obejmuje dwa aspekty dotyczące przekazywania i przechowywania informacji w formie elektronicznej. Przepisy prawa różnicują zakres powszechności ze względu na podmiot (adresata, nadawcę, administratora) oraz przedmiot informacji.

Słowa kluczowe

zasada prawa, elektroniczna administracja, organ administracji publicznej, środki komunikacji elektronicznej

Abstract

The principle of commonness of e-government is a principle of law, which is expressed in Polish law and in the law of European Union. This principle covers two aspects including the transmission and storage of information by electronic means. The provisions differentiate the scope of the principle of commonness of e-government by the object (the addressee, the sender, the administrator) and the subject of the information.

Keywords

principle of law, e-government, public authority, electronic means of communication

Wstęp

Zasada zapewnienia powszechności elektronicznej administracji jest jedną z najważniejszych zasad prawa związanych z zastosowaniem systemów teleinformatycznych przez organy administracji publicznej oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne. Zasada ta jest wyrażona zarówno przez przepisy prawa polskiego, jak i prawa Unii Europejskiej.

Opracowanie naukowe ma na celu określenie zakresu zastosowania zasady powszechności elektronicznej administracji w porządku prawa polskiego z uwzględnieniem prawa Unii Europejskiej. Celem jest także wykazanie poziomu zróżnicowania zastoso-

wania e-administracji w zależności od specyfiki przekazywania oraz przechowywania informacji drogą elektroniczną.

W opracowaniu wykorzystano metodę analityczno-dogmatyczną, w tym analizę regulacji prawa polskiego i prawa Unii Europejskiej, oraz badanie dorobku nauki prawa oraz nauk pokrewnych.

1. Zasada powszechności elektronicznej administracji jako zasada prawa

Zasada powszechności elektronicznej administracji jest zasadą prawa o charakterze opisowym, wyrażoną w przepisach prawa regulujących sposób przekazywania oraz przechowywania informacji przez organy administracji publicznej oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne¹. Przepisy te są wyrażone w regulacjach wydanych na poziomie prawa polskiego oraz prawa Unii Europejskiej. Cele zastosowania tej zasady na każdym z tych dwóch poziomów są częściowo odmienne. Na poziomie prawa polskiego celem jest ułatwienie komunikacji organom administracji publicznej oraz innym podmiotem wykonującym zadania publiczne pomiędzy sobą oraz pomiędzy nimi a użytkownikami e-administracji, czyli podmiotami zewnętrznymi wobec administracji publicznej. Kolejnym celem powszechnego zastosowania elektronicznej administracji jest uproszczenie przechowywania dokumentacji przez organy i te podmioty. Celem upowszechnienia e-administracji na poziomie Unii Europejskiej jest ułatwienie komunikacji pomiędzy organem administracji publicznej państwa członkowskiego a obywatelem tego lub innego państwa członkowskiego, m.in. przez uznanie środków identyfikacji nadawcy informacji², a także częściowe nałożenie obowiązku stosowania komunikacji elektronicznej³.

Zasada powszechności dotyczy dwóch aspektów działania administracji publicznej: stosowania systemów teleinformatycznych oraz zapewnienia spójności tych syste-

¹ Problematyka zasad prawa o charakterze opisowym została przedstawiona m.in. przez S. Wronkowską. Zob. S. Wronkowska, *System prawny a porządek prawny i ład społeczny*, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński (red.), *Zarys teorii prawa*, Ars boni et aequi, Poznań 1997, s. 186–187.

² Zgodnie z art. 6 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającej dyrektywę 1999/93/WE, organy administracji publicznej oraz inne podmioty publiczne jednego państwa członkowskiego, komunikując się w drodze elektronicznej, mają obowiązek uznać za wiążącą identyfikację prowadzoną za pomocą środka identyfikacji elektronicznej oraz uwierzytelniania wydanego przez inne państwo członkowskie, jeżeli środki te spełniają warunki określone w przepisach szczególnych.

³ W świetle art. 22 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, komunikacja i informacja w toku postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzone w państwie członkowskim powinny być z zasady prowadzone za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

mów. Dzięki jednoczesnemu uwzględnieniu tych dwóch aspektów jest możliwe jednoczesne przechowywanie oraz przekazywanie informacji drogą elektroniczną w każdym z kierunków komunikacji elektronicznej, czyli wewnętrznym nazywanym także G2G (*Government to Government*), jak również zewnętrznym obejmującym kierunki G2B (*Government to Business*) oraz G2C (*Government to Citizen*)⁴.

Przepisy prawa jedynie fragmentarycznie wyrażają powszechność stosowania elektronicznej administracji, częściowo nakładając obowiązek, a częściowo swobodę na organy administracji publicznej oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, a także na użytkowników e-administracji. Stosowanie elektronicznej administracji obejmuje przekazywanie oraz przechowywanie informacji. Przepisy prawa różnicują wymagania dla stosowania e-administracji. Z zasady organ administracji publicznej oraz inny podmiot wykonujący zadania publiczne ma obowiązek stosowania elektronicznej administracji, a jedynie wyjątkowo posiada swobodę wyboru pomiędzy drogą papierową (pisemną) a drogą elektroniczną⁵. Odwrotne założenie ma miejsce w związku z czynnościami podejmowanymi przez użytkowników e-administracji, którzy z zasady mają swobodę wyboru formy komu-

⁴ Problematyka kierunków komunikacji elektronicznej jest szeroko analizowana przez naukę. Zob. E. Ziemia, T. Papaj, J. Będkowski, *Egzemplifikacja e-government w Polsce – analiza porównawcza SEKAP i ePUAP*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2013, nr 29, s. 430; K. Batko, G. Bilewicz, *E-usługi w biznesie i administracji publicznej*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 136, s. 50. Nauka prawa także częściowo nawiązuje do kierunków komunikacji elektronicznej. Zob. A. Haręża, *Postępowanie administracyjne prowadzone za pomocą środków komunikacji elektronicznej (część I). Dokument elektroniczny (uwagi wprowadzające)*, „Causus” 2009, nr 2, s. 18; M. Błażewski, *E-administracja jako narzędzie komunikacji w procesie budowlanym*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2015, vol. 4, nr 2, s. 136.

⁵ W myśl art. 260d ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257 ze zm.), dalej k.p.a., organy administracji publicznej powinny przekazywać sobie informacje oraz wzajemnie informować się szczególnie drogą elektroniczną. Swoboda organu administracji publicznej oraz podmiotu administrującego w wyborze stosowania drogi papierowej (pisemnej) lub drogi papierowej dotyczy najczęściej komunikacji jednokierunkowej związanej z prowadzeniem ewidencji i rejestrów publicznych. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 3 czerwca 2016 r. w sprawie ewidencji nabytych, zużytych, przechowywanych, przemieszczanych i zbytych materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz znalezionych i zniszczonych materiałów wybuchowych (Dz. U., poz. 808), ewidencja nabytych, zużytych, przechowywanych, przemieszczanych i zbytych materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz ewidencja znalezionych i zniszczonych materiałów wybuchowych podczas wykonywania działalności gospodarczej w zakresie oczyszczania terenów jest prowadzona w formie dokumentu papierowego lub elektronicznego. W świetle § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 maja 2016 r. w sprawie prowadzenia ewidencji stowarzyszeń zwykłych, jej wzoru oraz szczegółowej treści wpisów (Dz. U., poz. 644), ewidencję stowarzyszeń zwykłych prowadzi się w postaci papierowej lub elektronicznej. Częściowo swoboda ta dotyczy także wyboru sposobu prowadzenia dokumentacji w formie papierowej (pisemnej) lub elektronicznej. W myśl § 5 ust. 1–3, § 8 ust. 1 oraz § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie ewidencji i innych dokumentacji dotyczących wyrobów akcyzowych i znaków akcyzy (Dz. U., poz. 2257 ze zm.), dokumentacja dotycząca wyrobów akcyzowych i znaków akcyzy może być prowadzona w drodze papierowej lub elektronicznej.

nikacji, a jedynie wyjątkowo obowiązek stosowania drogi elektronicznej⁶. Swoboda wyboru drogi komunikacji przysługuje użytkownikowi e-administracji ze względu na duży stopień wykluczenia cyfrowego w polskim społeczeństwie⁷. Nałożenie na użytkownika e-administracji obowiązku stosowania elektronicznej drogi komunikacji może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy organ administracji publicznej zamierza kontaktować się z użytkownikami posiadającymi swoisty status prawny określany przepisami szczególnymi⁸.

Drugim aspektem powszechności elektronicznej administracji jest zapewnienie spójności systemów teleinformatycznych, które umożliwiają przekazywanie informacji drogą elektroniczną pomiędzy tymi systemami. Spójność jest zachowana przez stosowanie jednolitych platform elektronicznych, jak również stosowanie różnych systemów teleinformatycznych wypełniających wymóg interoperacyjności. Jednolitą platformą elektroniczną jest m.in. elektroniczna platforma usług administracji publicznej, nazywana ePUAP'em, za pomocą której użytkownicy e-administracji korzystający z profilu zaufanego ePUAP⁹ mogą kontaktować się z organem administracji publicznej stosującym elektroniczną skrzynkę podawczą¹⁰. Odrębne systemy teleinformatyczne administrowa-

⁶ Swoboda wyboru formy komunikacji ma miejsce m.in. w postępowaniu administracyjnym, które może być prowadzone drogą elektroniczną z inicjatywy strony lub innego uczestnika tego postępowania (art. 39¹ § 1 pkt 1–2 k.p.a.) lub z inicjatywy organu administracji publicznej, lecz za zgodą strony lub innego uczestnika (art. 39¹ § 1 pkt 3 k.p.a.). Zob. P. Wajda, *Komentarz do art. 39¹*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 275–278. Obowiązek komunikacji w drodze elektronicznej ma miejsce m.in. przy składaniu oferty, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia. Komunikacja ta ma miejsce pomiędzy wykonawcą a zamawiającym (art. 10a ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej p.z.p.)

⁷ Nauka szeroko analizuje problematykę wykluczenia cyfrowego. Zob. D. Bogucki, *Jaka będzie przyszłość elektronicznej administracji? Część I – trendy*, „Czas Informacji” 2011, nr 1, s. 66; D. Bogucki, *Plan Informatyzacji Państwa – czas na zmiany*, „Czas Informacji” 2011, nr 4, s. 45–46; M. Błażewski, *Antywartości jako bariery rozwoju e-administracji*, [w:] A. Błaś (red.), *Antywartości w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016, s. 264–265.

⁸ Użytkownikiem e-administracji posiadającym swoisty status prawny, który jest związany z wymogiem stosowania drogi elektronicznej, jest m.in. wykonawca zamówienia publicznego (art. 10a ust. 5 p.z.p.).

⁹ Zgodnie z art. 3 pkt 14 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 570 ze zm.), dalej u.i.d.p.p., profil zaufany ePUAP jest zestawem informacji identyfikujących i opisujących podmiot lub osobę będącą użytkownikiem konta na ePUAP, który został w wiarygodny sposób potwierdzony przez właściwy organ administracji publicznej. Zob. T. Szewc, *Administracja wobec rozwoju e-usług*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 7–8, s. 115; G. Szpor, *Komentarz do art. 3*, [w:] G. Szpor, Cz. Martys, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015, s. 78.

¹⁰ W świetle art. 3 pkt 17 u.i.d.p.p. elektroniczna skrzynka podawcza oznacza dostępny publicznie środek komunikacji elektronicznej służący do przekazywania dokumentu elektronicznego do podmiotu publicznego przy wykorzystaniu powszechnie dostępnego systemu teleinformatycznego. Zob. G. Szpor, *Komentarz do art. 3...*, s. 78; K. Telecka, *Skuteczne doręczenie elektronicznych dokumentów i oferty w postaci elektronicznej zamawiającemu będącemu podmiotem publicznym*, „Czas Informacji” 2011, nr 11, s. 26–27, 28–29. W myśl art. 39² k.p.a., jeżeli podmiot publiczny jest stroną lub innym uczestnikiem postępowania administracyjnego, a jednocześnie ma obowiązek stosować elektroniczną skrzynkę podawczą, doręczenie do tego podmiotu powinno być dokonane na tę elektroniczną skrzynkę podawczą.

ne przez organy administracji publicznej lub podmioty prywatne powinny spełniać wymóg interoperacyjności, czyli zdolności do współdziałania informacji i wiedzy¹¹. Systemy te powinny umożliwiać przekazywanie informacji bez jej zniekształcenia oraz z zastosowaniem środków potwierdzających tożsamość nadawcy.

Powszechność jest terminem oznaczającym, że określone zjawisko „dotyczy wszystkich”¹². Takie ujęcie powszechności jest jednakże kierunkiem rozwoju elektronicznej administracji. Przepisy prawne odnoszące się do środków komunikacji elektronicznej uwzględniają bowiem aktualny rozwój nowoczesnych technologii oraz zagrożenia z nich wynikające. Stosowanie rozwiązań związanych z elektroniczną administracją ma stopniowalny charakter poprzez wprowadzenie ograniczeń i wyłączeń. W konsekwencji zasadę powszechności można także analizować przez pryzmat jej zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego. Powszechność podmiotowa odnosi się do wskazania podmiotów, które mogą przekazywać informacje wcześniej otrzymane lub które gromadzą te informacje. Ten rodzaj powszechności najpełniej odpowiada podziałowi kierunków komunikacji elektronicznej na wewnętrzny oraz zewnętrzny. Odnosi się on także do zakresu powszechności, związanej z podmiotami, które nie powinny mieć dostępu do informacji przetwarzanej drogą elektroniczną. Powszechność o charakterze przedmiotowym odnosi się do zadań publicznych, o których informacja jest przekazywana lub przechowywana w drodze elektronicznej. Prawodawca z zasady wyłączył, a częściowo ograniczył tę drogę komunikacji w przypadku zadań publicznych, o których informacje ze względów bezpieczeństwa lub relatywnie niskiego poziomu rozwoju technologicznego nie powinny być przetwarzane elektronicznie.

2. Powszechność przekazywania informacji w elektronicznej administracji

Zasada powszechności elektronicznej administracji jest wyrażona m.in. przez przepisy prawa regulujące przekazywanie informacji. Zapewnienie powszechności drogi elektronicznej jest możliwe dzięki dostępowi do środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z definicją legalną, wyrażoną w ustawie o świadczeniu usług drogą elektronicz-

¹¹ Zgodnie z art. 13 ust. 1 u.i.d.p.p. podmiot publiczny powinien używać do realizacji zadań publicznych systemów teleinformatycznych zapewniających interoperacyjność systemów na zasadach określonych w Krajowych Ramach Interoperacyjności. W świetle art. 3 pkt 18 u.i.d.p.p. interoperacyjność oznacza zdolność różnych podmiotów oraz używanych przez nie systemów teleinformatycznych i rejestrów publicznych do współdziałania na rzecz osiągnięcia wzajemnie korzystnych i uzgodnionych celów, z uwzględnieniem współdzielenia informacji i wiedzy.

¹² M. Piechowiak, *Powszechność praw człowieka. Zagadnienia filozoficznoprawne*, [w:] T. Jasudowicz, C. Mik (red.), *O prawach człowieka. W podwójną rocznicę Paktów. Księga Pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 1996, s. 49, który przedstawił definicję powszechności wyrażoną w opracowaniu M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1979, t. 2, s. 875.

ną, środkami komunikacji elektronicznej są: rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną¹³.

Przekazywanie informacji za pomocą środków komunikacji elektroniczną może także oznaczać użycie formy elektronicznej w celu złożenia oświadczenia woli lub wiedzy. Jest to forma równoważna z formą pisemną¹⁴. Forma ta dotyczy kierunku zewnętrznego i może być związana ze sferą imperium działania administracji publicznej, odnoszącą się do stosunków administracyjnoprawnych, jak również do sfery dominium, związaną z relacjami o charakterze cywilnoprawnym. W przypadku kierunku wewnętrznego, forma ta mieści się natomiast w sferze imperium. Wymagania co do tej formy są zróżnicowane, w zależności od rodzaju i treści przekazywanej informacji. Najszerze zróżnicowanie ma miejsce w przypadku komunikacji elektronicznej w sferze imperium. Zasadnicze ujednoczenie tej formy ma miejsce w odniesieniu do sfery dominium, w zakresie której obowiązują regulacje Kodeksu cywilnego dotyczące m.in. oświadczenia woli składanego w formie elektronicznej. W ich świetle zachowanie elektronicznej formy czynności prawnej ma miejsce, gdy oświadczenie woli zostanie złożone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym¹⁵. Forma ta wymaga zatem szczególnego zabezpieczenia związanego z powiązaniem przekazywanych informacji z potwierdzeniem ich niezmienności oraz tożsamości nadawcy. Przepisy prawa administracyjnego, regulujące sferę imperium, różnicują wymagane środki komunikacji elektronicznej w zależności od poziomu elektronicznej komunikacji oraz od stopnia ochrony przekazywanej informacji. Środkami tymi są m.in. poczta elektroniczna, publiczny profil elektroniczny, elektroniczna skrzynka podawcza, strona internetowa organu administracji publicznej lub innego podmiotu wykonującego zadania publiczne.

Należy wyróżnić dwa mechanizmy zapewniające powszechność stosowania tych środków: ułatwienie dostępu oraz ograniczenie kosztów. Wyróżnienie tych mechanizmów jest spowodowane ich wyraźnym wyartykułowaniem przez prawodawcę w regulacjach prawnych dotyczących elektronicznej administracji.

¹³ Art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1219). Zob. P. Wajda, *op. cit.*, s. 274–275.

¹⁴ Na zrównanie formy pisemnej z formą elektroniczną wskazuje treść: art. 78¹ § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.), dalej k.c., zgodnie z którą oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, oraz treść art. 14 § 1 k.p.a., wyrażającego zasadę pisemności w postępowaniu administracyjnym, w świetle której sprawy należy załatwiać w formie pisemnej lub w formie dokumentu elektronicznego doręczanego środkami komunikacji elektronicznej.

¹⁵ Art. 78¹ § 1 k.c. Zob. więcej J. Strzebińczyk, *Komentarz do art. 78¹*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 222.

Przepisy prawa ułatwiają dostęp do stosowania środków komunikacji elektronicznej poprzez umożliwienie m.in.: stosowania prywatnych środków komunikacji oraz zakładania publicznych profili elektronicznych. Przepisy te częściowo umożliwiają organom administracji publicznej bezpośrednie kontaktowanie się z podmiotami zewnętrznymi wobec administracji za pośrednictwem prywatnych skrzynek poczty elektronicznej, o ile podmiot ten, we wniosku lub innym piśmie wniesionym do tego organu, poda adres swojej poczty elektronicznej¹⁶. Przepisy te umożliwiają także pośrednie kontaktowanie się za pomocą prywatnej poczty elektronicznej, na którą może zostać wysłane hasło do publicznego profilu elektronicznego¹⁷. Założenie publicznego profilu elektronicznego, jakim jest np. profil zaufany ePUAP, jest możliwe w drodze elektronicznej lub osobiście. Forma elektroniczna założenia tego profilu wymaga potwierdzenia tożsamości za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego¹⁸ lub środka identyfikacji elektronicznej stosowanego do uwierzytelniania w systemie teleinformatycznym banku krajowego lub innego przedsiębiorcy¹⁹. Profil ten można założyć także osobiście, np. w punkcie potwierdzającym profil zaufany ePUAP, którym jest organ administracji publicznej²⁰, jak również podmiot prywatny posiadający zgodę ministra właściwego do spraw informatyzacji²¹.

Ograniczenie kosztów oznacza szerokie stosowanie bezpłatnych środków komunikacji elektronicznej przez użytkowników e-administracji. Stosowanie środków komunikacji umożliwiających jednokierunkowe przekazywanie informacji jest bezpłatne. Systemy teleinformatyczne obsługujące rejestry publiczne, w tym Biuletyn Informacji Publicznej, powinny posiadać zdolność współdziałania z systemami teleinformatycznymi stosowanymi

¹⁶ Przepisy prawa częściowo nakładają na podmiot składający wniosek, zgłoszenie lub inne pismo obowiązek podania swojego adresu elektronicznego. Zob. § 3 ust. 2 pkt 1 lit. c, § 3 ust. 2 pkt 2 lit. c rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 4 września 2013 r. w sprawie ewidencji pokładowych i osobistych nadajników sygnału niebezpieczeństwa (Dz. U., poz. 1132); § 17 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2166); § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 21 kwietnia 2009 r. w sprawie ramowego programu szkolenia kandydatów na egzaminatorów, sposobu prowadzenia ewidencji egzaminatorów oraz trybu wpisywania i skreślenia egzaminatorów z ewidencji (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1305 ze zm.); § 6 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 5 kwietnia 2012 r. w sprawie rejestru lekarzy odbywających szkolenie specjalizacyjne (Dz. U., poz. 415).

¹⁷ § 4 ust. 13 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 8 stycznia 2016 r. w sprawie Centralnego Rejestru Operatorów Urządzeń i Systemów Ochrony Przeciwpożarowej (Dz. U., poz. 56).

¹⁸ Art. 20c ust. 1 pkt 2 u.i.d.p.p.

¹⁹ Art. 20c ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 20a ust. 3 pkt 2 u.i.d.p.p.

²⁰ Zgodnie z art. 20c ust. 2 oraz art. 20c ust. 3 pkt 1 u.i.d.p.p. punktem potwierdzającym profil zaufany ePUAP jest m.in. konsul, naczelnik urzędu skarbowego, wojewoda, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, lub inny podmiot publiczny. Zob. G. Szpor, *Komentarz do art. 20c*, [w:] G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015, s. 222–223 oraz s. 224–225; K. Wojsyk, *Komentarz do art. 20c*, [w:] G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015, s. 223–224.

²¹ W świetle art. 20c ust. 3 pkt 2–4 u.i.d.p.p. punktem potwierdzającym profil zaufany ePUAP może być bank krajowy, operator pocztowy, oddział instytucji kredytowej.

mi przez użytkownika elektronicznej administracji²². Środki komunikacji elektronicznej służące dwukierunkowemu przekazywaniu informacji są częściowo bezpłatne, gdy np. środkiem tym jest profil zaufania ePUAP. Środki te są też częściowo odpłatne, jeżeli przekazanie informacji wymaga zakupu certyfikatu potwierdzającego tożsamość nadawcy informacji, jakim jest certyfikat podpisu elektronicznego lub pieczęci elektronicznej²³.

Co do zasady użytkownik e-administracji ma wybór środka komunikacji. Przepisy prawa wskazują kilka rodzajów środków jako równie właściwych dla użytkownika e-administracji, co umożliwi mu wybór środka bezpłatnego. Przykładowo strona lub uczestnik postępowania administracyjnego może komunikować się z organem administracji publicznej, stosując środki komunikacji uwierzytelnione kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem potwierdzonym profilem zaufanym ePUAP²⁴. Przepisy szczególne wprowadzają odstępstwo od tej reguły, wskazując obowiązek stosowania przez użytkownika e-administracji środków komunikacji uwierzytelnianych z zastosowaniem kwalifikowanego podpisu elektronicznego²⁵. Ograniczenie rodzajów środków komunikacji elektronicznej dotyczy organów administracji publicznej, które mają z zasady obowiązek stosowania środków komunikacji z użyciem certyfikatu potwierdzającego tożsamość nadawcy informacji²⁶.

²² Przepisy prawa, w tym wyrażone w u.i.d.p.p., określają zasady interoperacyjności systemów teleinformatycznych stosowanych przez podmioty realizujące zadania publiczne, w tym organy administracji publicznej, względem innych systemów teleinformatycznych używanych m.in. przez podmioty zewnętrzne wobec administracji. Art. 3 pkt 18 w zw. z art. 1 pkt 2–4 u.i.d.p.p.

²³ Certyfikat podpisu elektronicznego wydaje kwalifikowany dostawca usług zaufania (art. 14 ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U., poz. 1579).

²⁴ Kwalifikowany podpis elektroniczny oraz podpis potwierdzony profilem zaufanym ePUAP mogą być sposobami potwierdzenia tożsamości wydawcy dokumentu elektronicznego przedstawionego organowi administracji publicznej w toku postępowania administracyjnego, jakim jest: podanie (art. 63 § 3a k.p.a.); pełnomocnictwo strony (art. 33 § 2a k.p.a.); odpis pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów (art. 33 § 3a k.p.a., art. 76a § 2a k.p.a.); kopia dokumentu (art. 220 § 3 k.p.a.). Jak słusznie zauważa G. Szpor, profil zaufany ePUAP, który umożliwi weryfikację tożsamości informacji za pośrednictwem podpisu potwierdzonego tym profilem, jest bezpłatną alternatywą dla kwalifikowanego podpisu elektronicznego. G. Szpor, *Komentarz do art. 3...*, s. 78. Zob. też: S.P. Zaliński, *Są nowe akty wykonawcze do informatyzacji, czyli e-PUAP-ką po łapkach*, „Czas Informacji” 2011, nr 2, s. 75; M. Kotulska, *Wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu administracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 9, s. 26.

²⁵ Komunikacja elektroniczna w postępowaniach związanych z zamówieniami publicznymi jest ograniczona do środków uwierzytelnionych kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykonawca, który zamierza składać w drodze elektronicznej ofertę, wniosek do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz oświadczenia, powinien je uwierzytelnić kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 p.z.p.; art. 131bc ust. 5 p.z.p.). Także odwołanie wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania tej czynności powinno być uwierzytelnione kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 180 ust. 4 p.z.p.). Podobnie zgłoszenie przystąpienia przez wnioskodawcę do postępowania odwoławczego powinno być opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 185 ust. 2 p.z.p.). Strona, która zawiera ugodę w drodze elektronicznej, w postępowaniu administracyjnym, także powinna stosować kwalifikowany podpis elektroniczny przy podpisaniu tej ugody (art. 117 § 1a pkt 4 k.p.a.).

²⁶ Przykładowo organ administracji publicznej w toku postępowania administracyjnego ma obowiązek uwierzytelniania kwalifikowanym podpisem elektronicznym przy wydawaniu w drodze elektronicznej: de-

3. Powszechność przechowywania informacji w elektronicznej administracji

Zasada powszechności elektronicznej administracji dotyczy jedynie fragmentarycznie przechowywania informacji. Przepisy prawa nakładają częściowy obowiązek, a częściowo dopuszczają swobodę prowadzenia elektronicznej dokumentacji. Podmiotami przechowującymi dokumentację w drodze elektronicznej są zarówno organy administracji publicznej, jak również podmioty prywatne podejmujące działania w związku z wykonywaniem zadań publicznych²⁷.

Przepisy prawa z zasady nadają organom administracji publicznej swobodę w wyborze sposobu papierowego (pisemnego) lub elektronicznego prowadzenia dokumentacji²⁸. Przekazywanie informacji za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej nie obliuguje prowadzenia dokumentacji w drodze elektronicznej. Organ administracji publicznej lub podmiot administrujący może bowiem przechowywać wydruki dokumentów elektronicznych²⁹. Przepisy prawa jedynie częściowo nakładają obowiązek pro-

cyzji administracyjnej (art. 107 § 1 pkt 8 k.p.a.); zaświadczenia o milczącym załatwieniu sprawy lub odmowy wydania takiego zaświadczenia, wydanych w drodze postanowienia (art. 122f § 3 pkt 7 w zw. z art. 122f § 1 k.p.a.); postanowienia (art. 124 § 1 k.p.a.); zaświadczenia (art. 217 § 4 k.p.a.); zawiadomienia o sposobie załatwienia skargi (art. 238 § 1 k.p.a.), jak również przy sporządzaniu ugody pomiędzy stroną postępowania administracyjnego (art. 117 § 1a pkt 4 k.p.a.).

²⁷ Przepisy szczególne przewidują, że także podmioty prywatne mogą przechowywać dokumentację w drodze elektronicznej, która ułatwia organom administracji publicznej i innym podmiotom publicznym wykonywanie zadań publicznych. W świetle § 9 ust. 1 w zw. z § 1 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie ewidencji i innej dokumentacji dotyczących wyrobów akcyzowych i znaków akcyzy (Dz. U., poz. 2257 ze zm.), dalej r.e.w.a., podmiot prowadzący działalność w zakresie produkcji piwa lub wina może prowadzić w drodze elektronicznej dokumentację zawierającą informacje o czynnościach produkcyjnych dotyczących piwa lub wina. Zgodnie z § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 29 września 2011 r. w sprawie zakresu i sposobu prowadzenia dokumentacji lekarsko-weterynaryjnej i ewidencji leczenia zwierząt oraz wzorów tej dokumentacji i ewidencji (Dz. U. Nr 224, poz. 1347), dalej r.d.l.w., lekarz weterynarii może prowadzić dokumentację lekarsko-weterynaryjną w formie elektronicznej książki leczenia zwierząt.

²⁸ Organy administracji publicznej mogą prowadzić akta postępowania administracyjnego w drodze elektronicznej. Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego umożliwiają m.in. sporządzenia metryki oraz adnotacji w formie dokumentu elektronicznego. Zgodnie z art. 66a § 1 k.p.a. metryka sprawy administracyjnej może być założona w formie elektronicznej. Zob. J. Malanowski, *Komentarz do art. 66a*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *op. cit.*, s. 399. Regulację tę dookreśla rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 6 marca 2012 r. w sprawie wzoru i sposobu prowadzenia metryki sprawy (Dz. U., poz. 250), które w § 1 ust. 2 stanowi, że metryka spraw może być prowadzona w drodze pisemnej lub elektronicznej. W świetle art. 72 § 2 k.p.a. organ administracji publicznej może sporządzić adnotację w formie dokumentu elektronicznego. Zob. J. Malanowski, *Komentarz do art. 72*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *op. cit.*, s. 404. Swoboda wyboru sposobu prowadzenia dokumentacji przez organ administracji publicznej lub podmiot administrujący jest określona także przez przepisy szczególne. W świetle § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie określenia szczegółowych przepisów o biurowości i ewidencji operacji finansowych kancelarii komorniczych (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1625) komornik może prowadzić urzędzenia ewidencyjne w drodze elektronicznej lub w drodze papierowej w formie książki.

²⁹ Przykładem jest regulacja zawarta w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. d rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie dodatkowych wymagań, jakie powinny spełniać związki

wadzenia elektronicznej dokumentacji na organ lub ten podmiot³⁰. Obowiązek ten jest najczęściej związany z prowadzeniem rejestrów elektronicznych³¹.

Przechowywanie dokumentów w formie elektronicznej ułatwia późniejsze przekazywanie informacji drogą elektroniczną w każdym kierunku, zarówno wewnętrznym (G2G), jak i zewnętrznym (G2C oraz G2B). Prowadzenie dokumentacji elektronicznej zwiększa zakres informacji bezpośrednio dostępnych organowi, ułatwiając wykonywanie zadania publicznego. Organ posiada nieodpłatny dostęp nie tylko do informacji, które posiada, ale także informacji przechowywanych w drodze elektronicznej przez inne organy i podmioty publiczne³². Prowadzenie tej dokumentacji w drodze elektronicznej stanowi także ułatwienia dla stron oraz innych uczestników w postępowaniu administracyjnym, od których nie można wymagać zaświadczeń ani oświadczeń dostępnych w elektronicznych rejestrach publicznych³³.

4. Ograniczenie i wyłączenie powszechności elektronicznej administracji

Zasada powszechności nie odnosi się do wszystkich aspektów elektronicznej administracji. Ma ona bowiem względny charakter. Jej wyłączenie obejmuje ograniczenie komunikacji drogą elektroniczną jedynie do kierunku wewnętrznego (G2G) lub całkowite wyłączenie elektronicznej administracji. Przyczynami ograniczenia lub wyłączenia elektronicznej administracji są rodzaj zadania publicznego realizowanego przez pod-

hodowców lub inne podmioty ubiegające się o prowadzenie rejestrów zwierząt gospodarskich innych niż świnie, w świetle której związek hodowców lub inny podmiot ubiegający się o prowadzenie rejestru powinien zapewnić przechowywanie rejestru prowadzonego w formie papierowej lub wydruków z rejestru prowadzonego w formie elektronicznej (Dz. U. Nr 84, poz. 513).

³⁰ Przepisy prawa wprowadzają częściowo obowiązek organu administracji publicznej do prowadzenia dokumentacji elektronicznej. Zgodnie z § 2 pkt 5 w zw. z § 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 15 lutego 2010 r. w sprawie ewidencji paszportowych i centralnej ewidencji (Dz. U. Nr 26, poz. 131) Centrum Personalizacji Dokumentów Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji prowadzi archiwum produkcyjne w formie elektronicznej.

³¹ Zgodnie z § 9 ust. 1 w zw. z § 1 pkt 5 r.e.w.a. dokumentacja zawierająca informacje o czynnościach produkcyjnych dotyczących piwa lub wina powinna być prowadzona przez podmiot wykonujący działalność w zakresie produkcji piwa lub wina i może mieć formę elektroniczną.

³² Zgodnie z art. 15 ust. 1 u.i.d.p.p. podmiot, który prowadzi rejestr publiczny, powinien zapewnić podmiotowi publicznemu albo podmiotowi niebędącemu podmiotem publicznym, realizującym zadania publiczne, nieodpłatny dostęp do danych zgromadzonych w prowadzonym rejestrze, w takim zakresie, aby zapewnić realizację tych zadań. Zob. G. Szpor, *Komentarz do art. 15*, [w:] G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015, s. 136–141.

³³ W świetle art. 220 § 1 pkt 2 lit. b k.p.a. organ administracji publicznej nie może żądać zaświadczenia ani oświadczenia na potwierdzenie faktów lub stanu prawnego, jeżeli informacje te są zawarte w elektronicznych rejestrach publicznych posiadanych przez inne podmioty publiczne. Zob. też K. Celińska-Grzegorzeczyk, *Komentarz do art. 220*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *op. cit.*, s. 863.

miot publiczny lub relatywnie niski poziom rozwoju technologii wdrożonych przez te podmioty. Wyłączenie lub ograniczenie tej formy komunikacji ma szczególnie miejsce w przypadku zadań publicznych, których realizacja jest uwarunkowana koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa informacji. Organy administracji publicznej lub inne podmioty publiczne mogą sprawnie wykonywać część zadań publicznych, o ile o ich działaniach nie zostaną poinformowane osoby trzecie³⁴.

Ograniczenie elektronicznej administracji jest związane z koniecznością uwzględnienia bezpieczeństwa w przetwarzaniu informacji. Komunikacja taka odbywa się jedynie w kierunku wewnętrznym (G2G). Ograniczenie to ma podmiotowy charakter, odnosi się ono do organów administracji publicznej oraz innych podmiotów publicznych realizujących zadania publiczne. Ograniczenie ma także przedmiotowy charakter. Jego przyczyną było bowiem zapewnienie bezpieczeństwa informacji warunkującego sprawność lub efektywność wykonania zadania publicznego³⁵.

Wyłączenie jest związane z uwarunkowaniami podmiotowymi. Prawodawca uwzględnia w tym przypadku relatywnie niski poziom rozwoju technologicznego, który uniemożliwia części organów administracji publicznej lub innych podmiotów publicznych przetwarzać informacje w drodze elektronicznej³⁶.

5. Zakończenie

Przepisy prawa regulujące elektroniczną administrację wyrażają w sposób opisowy zasadę zapewnienia jej powszechności. Zasada ta odnosi się do przekazywania oraz przechowywania informacji. Ma na celu ułatwienie wykonywania zadań publicznych przez organy administracji publicznej oraz inne podmioty, jak również komunikację po-

³⁴ Prawodawca, regulując stosowanie środków komunikacji elektronicznej w administracji publicznej, wyważył dwie podstawowe wartości elektronicznej administracji, jakimi są powszechność oraz bezpieczeństwo. Wyważenie oznacza, że potrzeba bezpieczeństwa ogranicza zakres powszechności stosowania tych środków komunikacji. Więcej zob. M. Błażewski, *Wartości w e-administracji i ich wyważenie*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Aksjologia prawa administracyjnego. Tom I*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 205–206.

³⁵ Przykładem przekazywania informacji drogą elektroniczną wyłącznie w kierunku wewnętrznym jest stosowanie elektronicznych rejestrów publicznych zawierających informacje dotyczące kontroli operacyjnej Policji. Rejestry te prowadzą m.in. organy Policji. W świetle art. 19 ust. 16a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 ze zm.), dalej u.p., organ Policji prowadzi rejestry postanowień, pisemnych zgód, wniosków i zarządzeń dotyczących kontroli operacyjnej. Zgodnie z art. 19 ust. 16b u.p. Komendant Główny Policji prowadzi rejestr centralny wniosków i zarządzeń dotyczących kontroli operacyjnej prowadzonej przez organy Policji w zakresie przewidzianym dla prowadzonych przez nie rejestrów. W myśl art. 19 ust. 16c u.p. w komórkach organizacyjnych Policji wykonujących zarządzenia w sprawie kontroli operacyjnej można odrębnie rejestrować dane zawarte w dokumentacji z kontroli operacyjnej w zakresie przewidzianym dla prowadzonych przez organy Policji rejestrów. Zgodnie z art. 19 ust. 16d u.p. rejestry te powinny być prowadzone z uwzględnieniem przepisów o ochronie informacji niejawnych.

³⁶ Przykładem jest książka leczenia zwierząt gospodarskich oraz zwierząt, z których pozyskane tkanki lub produkty są przeznaczone do spożycia przez ludzi, prowadzona przez lekarza weterynarii wyłącznie w postaci papierowej (§ 2 pkt 1 r.d.l.w.).

między tymi organami i podmiotami, a także z użytkownikiem e-administracji. Zasada zapewnienia powszechności oznacza nałożenie obowiązku lub umożliwienie stosowania formy elektronicznej przy komunikacji lub prowadzeniu dokumentacji. Powszechne zastosowanie elektronicznej administracji wymaga uwzględnienia specyfiki przekazywania i przechowywania informacji, czego skutkiem jest zróżnicowanie stosowanych systemów teleinformatycznych i środków komunikacji elektronicznej. Sama powszechność w elektronicznej administracji nie oznacza bowiem stosowania jednolitej technologii, gdyż odnosi się do ogólnego stosowania drogi elektronicznej przez organy administracji publicznej i udostępnienia tej drogi jak najszerszemu kręgowi adresatów informacji. Należy na koniec pokreślić, że pełna powszechność nigdy nie jest możliwa do osiągnięcia ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa informacji. Prawodawca nie uwzględnia tej powszechności także w związku z niskim poziomem rozwoju technologicznego, który uniemożliwia stosowanie wymaganej technologii. Z tych przyczyn przepisy prawa wprowadzają ograniczenia lub wyłączenia stosowania elektronicznej administracji, które mają charakter podmiotowy oraz przedmiotowy.

Bibliografia

Źródła prawa

- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257 ze zm.).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.).
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 ze zm.).
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1219).
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.).
- Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 570 ze zm.).
- Ustawa z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U., poz. 1579).
- Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 r. w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2166).
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 grudnia 2005 r. w sprawie określenia szczególnych przepisów o biurowości i ewidencji operacji finansowych kancelarii komorniczych (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1625).

- Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie dodatkowych wymagań, jakie powinny spełniać związki hodowców lub inne podmioty ubiegające się o prowadzenie rejestrów zwierząt gospodarskich innych niż świnię, w świetle której związek hodowców lub inny podmiot ubiegający się o prowadzenie rejestru powinien zapewnić przechowywanie rejestru prowadzonego w formie papierowej lub wydruków z rejestru prowadzonego w formie elektronicznej (Dz. U. Nr 84, poz. 513).
- Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 21 kwietnia 2009 r. w sprawie ramowego programu szkolenia kandydatów na egzaminatorów, sposobu prowadzenia ewidencji egzaminatorów oraz trybu wpisywania i skreślenia egzaminatorów z ewidencji (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1305 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 15 lutego 2010 r. w sprawie ewidencji paszportowych i centralnej ewidencji (Dz. U. Nr 26, poz. 131).
- Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 29 września 2011 r. w sprawie zakresu i sposobu prowadzenia dokumentacji lekarsko-weterynaryjnej i ewidencji leczenia zwierząt oraz wzorów tej dokumentacji i ewidencji (Dz. U. Nr 224, poz. 1347).
- Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 6 marca 2012 r. w sprawie wzoru i sposobu prowadzenia metryki sprawy (Dz. U. poz. 250).
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 kwietnia 2012 r. w sprawie rejestru lekarzy odbywających szkolenie specjalizacyjne (Dz. U. poz. 415).
- Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 4 września 2013 r. w sprawie ewidencji pokładowych i osobistych nadajników sygnału niebezpieczeństwa (Dz. U. poz. 1132).
- Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 8 stycznia 2016 r. w sprawie Centralnego Rejestru Operatorów Urządzeń i Systemów Ochrony Przeciwpożarowej (Dz. U. poz. 56).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 maja 2016 r. w sprawie prowadzenia ewidencji stowarzyszeń zwykłych, jej wzoru oraz szczegółowej treści wpisów (Dz. U. poz. 644).
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 3 czerwca 2016 r. w sprawie ewidencji nabytych, zużytych, przechowywanych, przemieszczanych i zbytych materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz znalezionych i zniszczonych materiałów wybuchowych (Dz. U. poz. 808).
- Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie ewidencji i innych dokumentacji dotyczących wyrobów akcyzowych i znaków akcyzy (Dz. U. poz. 2257 ze zm.).

Literatura

- Batko K., Bilewicz G., *E-usługi w biznesie i administracji publicznej*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 136.
- Błażewski M., *Antywartości jako bariery rozwoju e-administracji*, [w:] A. Błaś (red.), *Antywartości w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Błażewski M., *E-administracja jako narzędzie komunikacji w procesie budowlanym*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2015, vol. 4, nr 2.
- Błażewski M., *Wartości w e-administracji i ich wyważenie*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Aksjologia prawa administracyjnego. Tom I*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Bogucki D., *Jaka będzie przyszłość elektronicznej administracji? Część I – trendy*, „Czas Informacji” 2011, nr 1.
- Bogucki D., *Plan Informatyzacji Państwa – czas na zmiany*, „Czas Informacji” 2011, nr 4.

- Celińska-Grzegorzczak K., *Komentarz do art. 220*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Haręza A., *Postępowanie administracyjne prowadzone za pomocą środków komunikacji elektronicznej (część I). Dokument elektroniczny (uwagi wprowadzające)*, „Causus” 2009, nr 2.
- Kotulska M., *Wykorzystanie środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu administracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 9.
- Malanowski J., *Komentarz do art. 66a*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Malanowski J., *Komentarz do art. 72*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Piechowiak M., *Powszechność praw człowieka. Zagadnienia filozoficznoprawne*, [w:] T. Jasudowicz, C. Mik (red.), *O prawach człowieka. W podwójną rocznicę Paktów. Księga Pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 1996.
- Strzebińczyk J., *Komentarz do art. 78¹*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Szewe T., *Administracja wobec rozwoju e-usług*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 7–8.
- Szpor G., *Komentarz do art. 15*, [w:] G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015.
- Szpor G., *Komentarz do art. 20c*, [w:] G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015.
- Szpor G., *Komentarz do art. 3*, [w:] G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015.
- Telecka K., *Skuteczne doręczenie elektronicznych dokumentów i oferty w postaci elektronicznej zamawiającemu będącemu podmiotem publicznym*, „Czas Informacji” 2011, nr 11.
- Wajda P., *Komentarz do art. 39¹*, [w:] R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Wojsyk K., *Komentarz do art. 20c*, [w:] G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk (red.), *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015.
- Wronkowska S., *System prawny a porządek prawny i ład społeczny*, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński (red.), *Zarys teorii prawa, Ars boni et aequi*, Poznań 1997.
- Zalipski S.P., *Są nowe akty wykonawcze do informatyzacji, czyli e-PUAP-ką po łapkach*, „Czas Informacji” 2011, nr 2.
- Ziamba E., Papaj T., Będkowski J., *Egzemplifikacja e-government w Polsce – analiza porównawcza SEKAP i ePUAP*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2013, nr 29.

Karolina Kocemba
Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Prekaryzacja młodych prawników¹ w Polsce²

Precarization of young lawyers in Poland

Streszczenie

Temat zarobków młodych prawników nie jest podejmowany zbyt często, a wszelkie głosy zabierane dotąd w tej sprawie nie wywołały żadnych zmian ani szerszej dyskusji. Problemem jest to, że realny obraz sytuacji młodych prawników jest ukryty, a zastępuje go obraz tworzony przez stereotypy oraz popkulturę. Jest to niestety mylące zarówno dla kandydatów na studia prawnicze, jak i dla reszty społeczeństwa, które postrzega prawników jako elitę. Jednak prestiż symboliczny nie idzie w parze z prestiżem zarobkowym, czego przykładem jest dotknięcie sporej grupy prawników zjawiskiem precariatu, które w przeciwieństwie do sytuacji materialnej prawników zostało bardzo dobrze zbadane. Patrząc na prace przede wszystkim takich autorów jak Guy Standing czy też Rafał Woś, możemy dowiedzieć się nie tylko o zagrożeniach, jakie niesie ze sobą precariat, jakie są przyczyny jego powstawania, ale także jakie są sposoby jego uniknięcia. Przyglądając się sytuacji społeczno-politycznej, możemy zaobserwować także wpływ precariatu na politykę, a przede wszystkim na wzrost popularności partii populistycznych.

Słowa kluczowe

precariat, prekaryzacja, aplikanci, prawnicy, popkultura

Abstract

The subject of young lawyers' salaries does not enjoy great popularity in Poland. All the previous voices did not contribute to wider discussion or changes. The real picture of young lawyers' situation remains hidden. Instead, the "main" image of lawyers is created by stereotypes and pop-culture, which confuses future law students and the rest of the society. Because of that, lawyers in Poland are treated as an elite. Interesting is the fact that symbolic prestige does not correlate with financial prestige, which is very well exemplified by young lawyers' precariateness. The phenomenon of precariat has been quite well elaborated, especially by the authors like Guy Standing or Rafał Woś. Looking at their works, we can see the dangers of precariat, why that phenomenon exists or how to avoid it. What is more, we can observe the influence of precariat on politics – primarily on the popularity of populist parties.

Keywords

precariat, lawyers, pop-culture, legal education

¹ Jako młodych prawników rozumiem przede wszystkim rozpoczynających działalność adwokatów i radców prawnych oraz aplikantów. Nie zaliczam do tej grupy sędziów i prokuratorów.

² Niniejszy artykuł powstał w ramach grantu Narodowego Centrum Nauki, OPUS 2015/19/B/HS5/03046.

Wstęp

Prekaryzacja jest obecnie głęboko zakorzenionym zjawiskiem w społeczeństwie polskim, a także w społeczeństwach krajów wysoko rozwiniętych. Nie powinna więc dziwić rosnąca liczba publikacji poruszających tę tematykę, w szczególności po opublikowaniu przez Guya Standinga książki *Prekariat. Nowa niebezpieczna klasa*³, w której autor szczegółowo opisuje ów problem. Jest to jednak zjawisko o tyle złożone, że łatwo jest o dokonanie błędnej klasyfikacji – np. wskazując jedynie osoby bez wyższego wykształcenia jako prekariuszy. Żłudny obraz może być tworzony poprzez wyobrażenia społeczne oraz kulturę popularną, przez co nad problemami przedstawicieli zawodów o wysokim prestiżu symbolicznym nie pochyla się zbyt często. Przykładowo protest lekarzy-rezydentów spotkał się z potępieniem ze strony części społeczeństwa⁴, gdyż wiedza została zastąpiona wyobrażeniami. Jednak wyobrażenia i stereotypy o elitarnym zawodzie nie zawsze pokrywają się z rzeczywistością. W podobnej sytuacji są młodzi prawnicy, co będą chciała pokazać w niniejszym artykule. Nad ich sytuacją pochyliło się kilku przedstawicieli zawodów prawniczych, jednak pojedyncze głosy nie miały przełożenia na szerszą dyskusję nad problemem zarobków. Nie stanowiło to także asumptu do dokonania szczegółowej analizy. Warto zastanowić się także, dlaczego wysoki prestiż i popularność studiów prawniczych utrzymują się mimo niskich zarobków czy też nie-najlepszych warunków pracy, a także co te ostatnie oznaczają.

1. Prawnik w popkulturze

Przyglądając się popularnym filmom czy też serialom, możemy zauważyć, że znaczna część z nich dotyczy określonych grup zawodowych – pomimo przeplatających się wątków obyczajowych pierwsze skrzypce gra tam niezwykle ciekawe życie zawodowe bohaterów. Dodatkowo, królujące na ekranach profesje, głównie z obszarów prawa i służby zdrowia, są uważane za prestiżowe oraz cieszą się wysokim zaufaniem społecznym. Większość z nich jest zaliczana w Polsce do zawodów zaufania publicznego⁵, regulowanych osobnymi ustawami, co świadczy o ich szczególnym znaczeniu dla społeczeństwa. Nie powinno zatem dziwić zainteresowanie przemysłu filmowego akurat tymi zawodami. Na uwagę zasługuje jednak fakt, że spora część społeczeństwa wiedzę o pra-

³ G. Standing, *Prekariat. Nowa niebezpieczna klasa*, tłum. K. Czarnecki, P. Kaczmarek, M. Karolak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2014.

⁴ WP, TVP atakuje młodych lekarzy, a jeszcze półtora roku temu pochylała się nad ich niskimi pensjami, <https://wiadomosci.wp.pl/tvp-atakuj-mlo-dych-lekarzy-a-jeszcze-poltora-roku-temu-pochylala-sie-nad-ich-niskimi-pensjami-6177002335360641a> [dostęp: 10.07.2018 r.].

⁵ *Zawody zaufania publicznego*, Mazowieckie Forum Samorządów Zawodów Zaufania Publicznego, <http://www.zawodyzaufaniapublicznego.pl/o-nas/> [dostęp: 10.11.2017 r.].

cy lekarzy czy prawników uzyskuje właśnie dzięki popkulturze. Wątpliwe pozostaje jednak to, czy fikcja filmowa odzwierciedla rzeczywistość. W kontekście portretowania prawników nie sposób nie wspomnieć o amerykańskim serialu *Suits*⁶, którego akcja rozgrywa się w nowojorskiej kancelarii znajdującej się w luksusowym wieżowcu, gdzie bohaterowie ubrani w perfekcyjnie skrojone, tytułowe garnitury, zajmują się jedynie interesującymi sprawami, które przynoszą im niemałe zyski. Wystarczy wykazać się znajomością prawa i błyskotliwością, by tuż po przekroczeniu progu kancelarii życie zaczęło opływać luksusem.

Budżet seriali rodzimych takich jak *Magda M.* czy *Prawo Agaty* jest zauważalnie mniejszy. Ponadto bohaterowie-prawnicy mają też przyziemne problemy, lecz rozwiązują je dosyć szybko i dzięki ciężkiej (mniej lub bardziej) pracy są w stanie zostać partnerami w kancelarii, posiadać przestrzenne biuro w centrum miasta, oraz prowadzić cały wachlarz skomplikowanych spraw, które toczą się w polskich sądach – rzecz jasna bardzo szybko – rozprawy odbywają się dzień po dniu. Każdy kto ma doświadczenia związane z polskim wymiarem sprawiedliwości prędko zauważy oderwanie seriali od rzeczywistości. Jednak kandydaci na studia prawnicze nie zawsze pochodzą z rodzin prawniczych i rzadko mają doświadczenia związane z prawem, przez co ich wiedza o świecie prawniczym może być znikoma. Pomimo to, z badań przeprowadzonych przez Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (dalej: badania CLEST) wynika, że dla 85% studentów główną deklarowaną motywacją do podjęcia studiów prawniczych było zainteresowanie prawem⁷. Mimo że wzorzec prawnika dominujący w serialach jest raczej utrwaleniem stereotypów o prawnikach utartych w społeczeństwie, to niewątpliwie popkultura mogła w wielu przypadkach wzbudzić chęć zostania prawnikiem. Przykładowo w serialu *Prawo Agaty* główna bohaterka zaczęła prowadzić zajęcia na prawie w Szkole Wyższej Psychologii Społecznej (dalej: SWPS), co było wyraźnie podkreślone w serialu⁸. Według danych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego w roku akademickim 2013/2014 prawo stanowiło drugi najczęściej wybierany kierunek (po informatyce), a uczelnią niepubliczną najczęściej wybieraną przez kandydatów była właśnie SWPS⁹.

⁶ *Suits* – amerykański serial o tematyce prawniczej. Pierwszy odcinek został wyemitowany w roku 2011. Akcja serialu rozgrywa się w kancelarii w Nowym Jorku. Głównymi bohaterami są: inteligentny, obdarzony doskonałą pamięcią Mike Ross pracujący jako prawnik (bez faktycznego ukończenia studiów prawniczych) oraz jego szef – Harvey Spectre – uznany prawnik. Serial skupia się na ich życiu zawodowym.

⁷ A. Czamota, M. Paździora, M. Stambulski (red.), *Nużęca konieczność. Powody podjęcia i ocena studiów prawniczych na WPAE UW*, Wrocław 2017, Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, Inicjatywa Wydawnicza „Chiazm”, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?id=80007> [dostęp: 01.12.2017 r.].

⁸ Player, *Prawo Agaty*, <https://player.pl/seriele-online/prawo-agaty-odcinki,562/odcinek-2,S04E02,22149.html>.

⁹ *Wyniki rekrutacji w roku akademickim 2013/2014*, Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, <http://www.nauka.gov.pl/aktualnosci-ministerstwo/uczelnie-techniczne-wciaz-najchetniej-wybiebrane-przez-kandydatow-na-studia.html> [dostęp: 09.10.2017 r.].

Na podkreślenie zasługuje fakt, że odcinki, w których serialowa Agata rozpoczyna karierę akademicką, zostały wyemitowane we wrześniu 2013, czyli w trakcie trwania rekrutacji na studia. Pozwala to na znalezienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy emisją serialu a popularnością studiów prawniczych na SWPS. Należy zastanowić się, na ile wyobrażenia oraz stereotypy utrwalane przez popkulturę pokrywają się z rzeczywistym obrazem oraz na co to wpływa.

2. Prawnicy w Polsce

Utrwalanie określonego obrazu prawnika nie jest bez znaczenia dla motywów wyboru studiów – poza już wymienionym zainteresowaniem prawem, które było głównym czynnikiem determinującym podjęcie decyzji o studiach prawniczych, 79% studentów motywowało swoją decyzję prestiżem zawodu prawnika, a 72% łatwością w znalezieniu pracy. Ponadto, zdecydowana większość studentów, bo aż 82%, po studiach planuje pracować w zawodzie prawniczym¹⁰. Dodatkowo wysokie progi na studia prawnicze powodują, że studia cieszą się większym prestiżem zyskując charakter elitarnych¹¹. Tymczasem rzeczywistość „postudyjna” nie odzwierciedla motywacji podjęcia studiów. W pierwszej kolejności, z powodu dosyć niskiej zdawalności na aplikacje prawnicze – w latach 2016 i 2017 zdawalność wynosiła mniej więcej 50%¹², co oznacza, że połowa kandydatów na aplikantów musiała znaleźć inny sposób na życie na przynajmniej kolejny rok. Podważa to zarówno tezę o łatwości znalezienia pracy po studiach prawniczych, jak i możliwość pracy w zawodach prawniczych (jedynie po ukończeniu studiów). Życie serialowych prawników jest także nieco odmienne ze względu na zarobki. Tak zwane wolne zawody nie wypadają na tym tle szczególnie dobrze, gdyż w pierwszej kolejności najlepiej opłacalnym zawodem prawniczym jest zawód sędziego, a następnie – prokuratora. 25% najgorzej wynagradzanych adwokatów zarabia poniżej 4000 zł brutto, co nie pokrywa się z wyobrazeniami podtrzymywanymi przez popkulturę¹³. Jeszcze gorsza jest sytuacja finansowa osób rozpoczynających karierę prawniczą, czyli aplikantów. Mediana ich płac wynosi 2939 zł brutto.

¹⁰ A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski (red.), *op. cit.*

¹¹ M. Suchorabski, N. Ryńska, *Młody prawnik brzmi dumnie? Jak wygląda zawodowa rzeczywistość*, „Gazeta Prawna”, 29.03.2015 r., <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/862334,mlydy-prawnik-brzmi-dumnie-jak-wyglada-zawodowa-rzeczywistosc.html> [dostęp: 25.10.2017 r.].

¹² *Wstępne wyniki egzaminów na aplikacje prawnicze*, „Rzeczpospolita”, 2.10.2017 r., <http://www.rp.pl/Aplikacjeegzamin/310029950-Wstepne-wyniki-egzaminow-na-aplikacje-prawnicze.html#ap-3> [dostęp: 16.10.2017 r.].

¹³ M. Adamski, *Zarobki adwokatów, radców, sędziów, prokuratorów – raport 2017*, <http://www.rp.pl/Uslugi-ceny-zarobki/301169953-Zarobki-adwokatow-radcow-sedziow-prokuratorow---raport-2017.html>, „Rzeczpospolita”, 16.01.2017 r., [dostęp: 30.10.2017 r.].

Dodatkowo 25% aplikantów zarabia poniżej 2 308 zł brutto¹⁴. Zarobki te są porównywalne z płacami kasjerów – osoby rozpoczynające pracę w znanej sieci dyskontów będą mogły zarobić na początku co najmniej 2650 zł brutto, do czego nie są wymagane 5-letnie studia prawnicze, specjalistyczna wiedza, odporność na stres czy też znajomość języków obcych¹⁵. Ponadto spora część młodych adwokatów mierzy się z bezrobociem – według Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej ten problem jest dużo większy, niż podają oficjalne statystyki¹⁶. Niemniej jednak i te nie wypadają najlepiej – z badań przeprowadzonych w roku 2013 wynika, że prawo zajęło siódme miejsce wśród kierunków z największą liczbą bezrobotnych¹⁷. Nie bez znaczenia jest tu otwarcie zawodów prawniczych w 2009 r. Jak wskazuje Michał Stambulski z Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, „dzięki wprowadzeniu ujednoczonego systemu naboru na aplikację i egzaminu końcowego drastycznie wzrosła liczba najpierw aplikantów, a następnie adwokatów i radców prawnych”, co nie przełożyło się znacznie na zwiększenie dostępu do usług prawnych. Zamiast tego nadpodaż prawników spowodowała obniżenie ich wynagrodzeń¹⁸.

Według doświadczonych prawników łatwiej jest odnaleźć się na rynku usług prawniczych osobom pochodzącym z rodzin prawniczych – nie chodzi tu o samo zdobywanie wiedzy, a o znajomości i nazwisko. Łatwiej jest też znaleźć patrona. Nie bez znaczenia jest także wsparcie finansowe ze strony rodziców. To ostatnie często może się okazać kluczowe w zostaniu adwokatem czy radcą prawnym, sam bowiem egzamin na aplikację kosztuje ok. 1 tysiąca złotych, natomiast roczny koszt aplikacji wynosi ok. 5 tysięcy złotych¹⁹. Za szczęściarzy można uznać więc tych, którym aplikację opłaca kancelaria. Jednakże przez posłów PiS został zauważony kolejny poważny problem, jakim jest brak wynagrodzenia za pracę w kancelarii oraz brak umów o pracę. Według posłów jedynym wyjściem są wówczas zamożni rodzice lub podejmowanie innej, dochodowej pracy, często niezwiązanej z wykształceniem. Ponadto trudna pozycja aplikantów jest wykorzystywana, przez co praktyka niepłacenia aplikantom jest nagminna. W związku z tym posłowie wyszli z inicjatywą wprowadzenia obowiązku zapłaty za pracę aplikantom.

¹⁴ Wynagrodzenia.pl, *Ile zarabia aplikant?*, <https://wynagrodzenia.pl/moja-placa/ile-zarabia-aplikant> [dostęp: 25.02.2018 r.].

¹⁵ J. Buchwałd-Musińska, *Ile zarabia kasjer w Biedronce?*, <https://bezprawnik.pl/zarobki-w-biedronce-2018/> [dostęp: 25.02.2018 r.].

¹⁶ A. Łukaszewicz, *Bezrobocie wśród adwokatów i radców prawnych*, <http://www.rp.pl/Adwokaci/304199897-Bezrobocie-wsrod-adwokatow-i-radcow-prawnych.html>, „Rzeczpospolita”, 19.04.2017 r., [dostęp: 30.10.2017 r.].

¹⁷ M. Suchorabski, N. Ryńska, *op. cit.*

¹⁸ M. Stambulski, *Aplikacja akademicka – niewłaściwa recepta na realne problemy*, „Rzeczpospolita”, 29.11.2017 r., <http://www.rp.pl/Aplikacjeegzaminy/311299910-Aplikacja-akademicka--niewlasciwa-recepta-na-realne-problemy.html> [dostęp: 30.11.2017 r.].

¹⁹ M. Suchorabski, N. Ryńska, *op. cit.*

W odpowiedzi Krajowa Rada Radców Prawnych (dalej: KRRP) stwierdziła, że okręgowe izby radców prawnych nie zauważyły nagminności problemu. Co prawda radcowie uznają takie praktyki za naganne, jednak według nich obowiązujące przepisy prawa oraz zasady etyki radcy prawnego w pełni wystarczają. W ocenie KRRP nie ma możliwości wprowadzenia regulacji dotyczącej wynagrodzeń aplikantów. Radcowie argumentowali, że regulamin nie jest źródłem prawa w rozumieniu Konstytucji, więc nie ma możliwości nałożenia na radców obowiązku zatrudniania aplikantów oraz regulacji zasad ich wynagradzania, a dodatkowo strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania²⁰.

Problem legalnego niewolnictwa zauważają także adwokaci – Joanna Parafianowicz, która jest członkinią Naczelnej Rady Adwokackiej, wskazuje, że od aplikanta oczekuje się m.in. samodzielności w prowadzeniu spraw, doświadczenia w reprezentowaniu klientów przed sądami, znajomości języków obcych, wysokiej kultury osobistej, umiejętności pracy w zespole, odpowiedzialności czy też gruntownej wiedzy prawniczej. W zamian za to przez pierwsze pół roku aplikanci pracują zazwyczaj za darmo. Później jedynie szczęściarze mogą oczekiwać zawarcia umowy na piśmie oraz wynagrodzenia w wysokości pensji minimalnej²¹. Także mecenas Andrzej Nogal zauważa, że adwokatura nie przywiązuje wagi do ochrony praw pracowniczych aplikantów adwokackich. Adwokat podnosi, iż w polskim prawie istnieje zakaz stosowania umów cywilnoprawnych tam, gdzie powinna być stosowana umowa o pracę. Jednak ta przy zatrudnianiu aplikantów jest raczej wyjątkiem, przez co nie mogą oni liczyć także na pensję minimalną, która dotyczy umów o pracę. Nogal wskazuje, że adwokaci-patroni to przedsiębiorcy, którzy mogą dowolnie określać zasady współpracy i nie martwić się kwestiami płacy minimalnej, urlopami, określonym czasem pracy czy też ochroną przed dyskryminacją, co też bardzo często czynią. Pozwala to im na bycie bardziej konkurencyjnymi – oszczędzając na aplikantach, mają możliwość obniżenia cen usług prawniczych. Takie zachowania adwokatów są tolerowane w środowisku, co według Nogala nie tylko demoralizuje adwokatów, ale także wpływa na to, że aplikanci w przyszłości będą zachowywać się podobnie jak ich patroni²². Mimo że (jak się wydawało) prawnicy mają wyjątkową pozycję w społeczeństwie, to ich sytuacja jest typowo prekaryjna. Warto więc pochylić się nad tym zjawiskiem, które nie omija także zawodów zaufania publicznego²³.

²⁰ M. Adamski, *KRRP: wynagrodzenia aplikantów nie mogą być zapisane w regulaminie aplikacji*, „Rzeczpospolita”, 9.10.2017 r., <http://www.rp.pl/Aplikacjeegzaminy/310099939-KRRP-wynagrodzenia-aplikantow-nie-moga-byc-zapisane-w-regulaminie-aplikacji.html#ap-1> [dostęp: 30.10.2017 r.].

²¹ J. Parafianowicz, *Zero plus VAT – stawka dla aplikanta*, <http://pokojadwokacki.pl/zero-plus-vat-stawka-dla-aplikanta-adw-joanna-parafianowicz/> [dostęp: 14.11.2017 r.].

²² A. Nogal, *Wstydlivy problem*, <http://pokojadwokacki.pl/?post=2804> [dostęp: 10.11.2017 r.].

²³ Zawody zaufania publicznego – profesje polegające na wykonywaniu zadań o szczególnym charakterze z punktu widzenia zadań publicznych i wynikające z troski o realizację interesu publicznego – A. Krasnowol-

3. Prekariat – czego się bać?

Wzrost niepewności na rynku pracy jest niewątpliwie jednym z najważniejszych zjawisk na przestrzeni ostatnich dwóch dekad. Na całym świecie niewyobrażalnie dużo pracowników cierpi z powodu niepewnych, niestabilnych i nieprzewidywalnych warunków pracy. Bezrobocie samo w sobie jest powodem do niepokoju, jednak zagadnienie prekariatu nie obejmuje swoim zakresem ludzi bezrobotnych, ale tych którzy nie mają dobrej pracy, godnej płacy, bezpiecznej przyszłości, ochrony socjalnej oraz dostępu do praw pracowników²⁴. Termin prekariat w ostatnim czasie zyskał na popularności przede wszystkim dzięki książce brytyjskiego badacza społecznego, ekonomisty i popularyzatora pojęcia prekariatu Guya Standinga pod tytułem *Prekariat. Nowa niebezpieczna klasa (The Precariat. The New Dangerous Class)* wydanej w roku 2011. Autor poruszał tę tematykę już w roku 1999, przewidując gwałtowne zmiany na rynku pracy, jednakże w kontekście feministycznym i nie używając jeszcze pojęcia prekaryzacji, a odnosząc się jedynie do elastycznych form zatrudnienia²⁵. Standing proponuje zdefiniowanie prekariatu na dwa sposoby. Pierwszym z nich jest stwierdzenie, że „jest to odrębna grupa socjoekonomiczna i z jej definicji wynika, czy dana osoba się do niej zalicza czy nie”. Jednak aby dotrzeć do istoty znaczenia, warto za Standingiem odnieść się do etymologii słowa prekariat, które jest neologizmem składającym się z przymiotnika „niepewny” i rzeczownika „proletariat”²⁶.

Wcześniej prekariat został zdefiniowany przez francuskiego socjologa Pierre’a Bourdieu jako uogólniony stan niepewności, który przecina tradycyjne podziały społecznego statusu. Na niepewność, z jednej strony, składają się czynniki zarówno obiektywne, jak i subiektywne – emocjonalne. Te ostatnie wydają się mieć wpływ o tyle, że powodują stres, presję, aby konkurować oraz strzec własnego stanowiska²⁷. Judy Fudge i Rosemary Owens zauważają, że prekariat jest pojęciem złożonym, jednak można wyodrębnić jego cztery wymiary: 1) stopień pewności zatrudnienia, 2) kontrolę nad prawem pracy, co jest związane z obecnością lub brakiem związków zawodowych oraz stowarzyszeń zawodowych i odnosi się do kontroli warunków płacy i tempa pracy, 3) stopień ochrony regulacyjnej i 4) poziom dochodów²⁸.

ski, *Zawody zaufania publicznego, zawody regulowane oraz wolne zawody. Geneza, funkcjonowanie i aktualne problemy*, Kancelaria Sejmu, Warszawa 2013, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/56/plik/ot-625_.pdf [dostęp: 20.07.2018 r.].

²⁴ ACTRAV, *Policies and Regulations to Combat Precarious Employment 2011*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_164286.pdf [dostęp: 01.02.2017 r.].

²⁵ G. Standing, *Global Feminization Through Flexible Labor: A Theme Revisited*, “World Development” 1999, Vol. 27, No. 3, http://www.guystanding.com/files/documents/Global_Feminization_Through_Flexible_Labor_-_theme_revisited.pdf [dostęp: 20.01.2017 r.].

²⁶ G. Standing, *Prekariat...*, s. 43–44.

²⁷ P. Bourdieu, *Acts of Resistance. Against the New Myths of our time*, Cambridge 1998, s. 81–87.

²⁸ J. Fudge, R. Owens, *Precarious work, women and the new economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon 2006.

Biuro do Spraw Działania Pracowniczych (dalej: ACTRAV)²⁹ zauważa, że w najbardziej ogólnym sensie prekaryzacja jest dla pracodawcy środkiem do przesunięcia ryzyka i odpowiedzialności na pracowników. Jest to praca wykonywana zarówno legalnie, jak i „na czarno”. Charakteryzuje się zmiennymi poziomami i stopniami ochrony prawnej oraz niepewnością i brakiem bezpieczeństwa. Choć według autorów prekaryzacja może mieć wiele twarzy, to jej cechami charakterystycznymi są zwykle niepewność co do czasu trwania zatrudnienia, wielu potencjalnych pracodawców lub niejednoznaczne zatrudnienie i brak dostępu do ochrony socjalnej. Z reguły wiąże się także z niskimi zarobkami oraz znacznymi przeszkodami prawnymi i praktycznymi w związku z przyłączeniem się do związków zawodowych i negocjacji zbiorowych³⁰.

Prekaryzacja zdecydowanie nie jest nowym problemem, jednak nie ma tak długiej, burzliwej historii jak często porównywany proletariat. Guy Standing pisze, iż od 1970 r. gospodarka światowa znajdowała się w dobie regulacji i rosnącej elastyczności rynku pracy, w którym nowe technologie, nowe systemy kontroli pracy i zreformowane formy organizacji pracy zmieniły wzorce aktywności zawodowej na świecie. W 1999 r. Standing przewidywał, że w tym procesie przełom XX i XXI wieku oznaczać będzie koniec klasy robotniczej³¹. Co najmniej od połowy lat 90. XX wieku International Labour Organization (Międzynarodowa Organizacja Pracy) wywierała nacisk na prowadzenie badań w zakresie narastającej niepewności na rynku pracy, gdyż mimo wszelkich wysiłków prekaryzacja postępowała – przykładowo, jeszcze pod koniec lat 90. w Danii była prowadzona polityka wzmocniająca elastyczność na rynku pracy, w ramach wzmocnienia konkurencyjności w dobie narastającej globalizacji i polityki międzynarodowej³².

Niemniej jednak niemożliwe jest zapewnienie elastyczności bez zapewnienia bezpieczeństwa na rynku pracy. Standing wskazuje, że wzrost tego zjawiska mogliśmy obserwować podczas kryzysu finansowego w roku 2008. Według polskiego dziennikarza i publicysty Rafała Wosia przyczynami kryzysu w roku 2008 było nadmierne finansowanie gospodarek zachodnich idące w parze z osłabieniem świata pracy – mimo że zyski były większe, to coraz mniejsza ich część przypadała na płace dla pracowników, o czym świadczy stagnacja płac. Trafiły one natomiast do kluczowych udziałowców, firm i kadry menedżerskiej³³. Nieco wcześniej, bo w roku 2006, o prekariacie w kontekście okresu „nowej ekonomii” pisała kanadyjska prawniczka Kerry Rittich. Jej zdaniem „nową ekonomię” charakteryzuje właśnie wzrost prekariatu, niepewność i brak ochrony pracowników. Uważa ona, że wzrost prekaryzacji jest związany z elastycznymi, kontyngentowymi

²⁹ Informacje o działalności ATRAV: <http://ilo.org/actrav/about/lang—en/index.htm> [dostęp: 31.01.2017 r.].

³⁰ *Ibidem*.

³¹ G. Standing, *Global Feminization...*

³² J. Fudge, R. Owens, *op. cit.*, s. 307.

³³ R. Woś, *To nie jest kraj dla pracowników*, Wydawnictwo W.A.B, Warszawa 2017, s. 136, 189.

warunkami umów o pracę, co tworzy fundamentalny problem dla rządów³⁴. Rządy obarczają odpowiedzialnością za prekariat także Standing uważając, że to właśnie one w większości zaniedbują nierówności społeczne, przede wszystkim poprzez regulację właściwych mechanizmów na rynku pracy. To właśnie polityka i zmiany instytucjonalne przyczyniły się do wzrostu prekariatu. Dodatkowo kraje uprzemysłowione wywierały presję na kraje „nowo-uprzemysłowione”, z nieograniczonym dostępem do taniej siły roboczej, by te zobowiązywały się do otwartej gospodarki rynkowej³⁵. Według Standinga, mimo że „wzrosły nierówności i świat skłonił się ku elastycznemu i otwartemu rynkowi pracy, to klasy nie zniknęły, a pojawiła się dużo bardziej zróżnicowana struktura klasowa. W związku z tym ekonomista wyróżnia siedem grup na rynku pracy. Pierwszą z nich jest elita, czyli niewielka grupa koncentrująca najbogatszych ludzi na świecie. Jej członkowie posiadają miliardowe fortuny i nierzadko znajdują się na liście „Forbesa”³⁶. Mają zdolność do wywierania wpływu na rządy. Drugą jest *salariat*, czyli ludzie liczący na awansowanie do elity, cieszący się wszelkimi benefitami, typu emerytury czy płatne urlopy. Członkowie tej grupy zasilają przede wszystkim szeregi służby cywilnej, agencji rządowych oraz dużych korporacji. Kolejna grupa to *proficians*, obejmująca specjalistów w danych dziedzinach, którzy w związku z umiejętnościami są w stanie osiągać duże dochody na podstawie umowy. Jest to grupa mająca duże oczekiwania, jednak bez potrzeby długotrwałego zatrudnienia w jednym miejscu. Nieco gorzej jest sytuowana grupa pracowników „manualnych”, traktowanych niegdyś jako klasa robotnicza. To z myślą o nich powstawały systemy zabezpieczenia społecznego. Dopiero w tym miejscu pojawia się ciągle rosnąca grupa prekariuszy. Niżej znajdują się tylko bezrobotni oraz grupa ludzi nieprzystosowanych społecznie, żyjących na granicy marginesu społecznego.

Wydźwięk definicji czy też opisów prekariatu z całą pewnością nie jest optymistyczny, jednakże skala zjawiska jest na tyle duża, że możemy mówić już o prekaryzacji, czyli nasileniu zjawiska. Należy w związku z tym poszukać jego źródeł. Niewątpliwie globalizacja przyczyniła się do przyspieszenia i ułatwienia czasowej migracji zarobkowej. Chociaż istnieje wiele terminów wyjaśniających pojęcie „globalizacji”, to jednak jest ona powszechnie rozumiana jako intensyfikacja międzynarodowej integracji gospodarczej. Ułatwienia przyniósł postęp technologiczny oraz stopniowe otwarcie gospodarek narodowych (zwłaszcza dzięki liberalizacji handlu), łatwość, z jaką kapitał przystosował się do korporacji, co w konsekwencji przyczyniło się do

³⁴ K. Rittich, *Rights, Risk, and Reward: Governance Norms in the International Order and the Problem of Precarious Work*, [w:] J. Fudge, R. Owens (ed.), *op. cit.*, s. 32.

³⁵ G. Standing, *Precariat. The New Dangerous Class*, Bloomsbury, Londyn 2011, s. 41.

³⁶ Lista Forbesa – lista najbogatszych ludzi świata przygotowywana co roku przez amerykański magazyn ekonomiczny „Forbes”. Na liście znajdują się osoby z całego świata, których majątek jest szacowany na przynajmniej 1 miliard dolarów.

rozwoju międzynarodowego biznesu³⁷. Era neoliberalizmu wprowadzała limitację dla idei egalitaryzmu, wzmocnienie prywatyzacji oraz obumieranie państwa opiekuńczego. W owym czasie istniała obawa, że państwa będą zmuszone do konkurencji o wyznaczanie standardów na rynku pracy z rynkiem globalnym. W wyniku narastającej globalizacji wzrosły nierówności płacowe. Sandra Fredman, pisząc o prekariacie, zauważa, że czynnikiem z nim związanym jest elastyczność. Podkreśla, że jest to słowo klucz dla nowoczesnej polityki na rynku pracy. W dobie globalizacji, technologii informacyjnych i prymatu ekonomii elastyczność wydaje się być czynnikiem, który wspomaga efektywność pracowników³⁸. Standing stwierdza, że obecnie próbuje się budować pozytywny wizerunek prekariatu odzwierciedlający niezależnego, romantycznego ducha, jednocześnie odcinając się od burżuazyjnych „białych kołnierzyków”³⁹ czy też starej klasy robotniczej.

Do prekaryzacji przyczyniła się także z pewnością „nowa ekonomia”. Jednym z najbardziej znaczących jej oddziaływań na zatrudnienie jest wzrost niestandardowych, warunkowych lub niepewnych form pracy. Jednak określanie organizacji pracy w nowej gospodarce po prostu w przeciwieństwie do standardowego zatrudnienia może być mylące. Istnieje bowiem ryzyko utrwalenia poglądu, że istnieje prosty binarny podział na „stare” i „nowe” formy pracy. Może to oznaczać, że istotne zmiany w standardowej pracy są ignorowane⁴⁰.

4. Prekaryzując Polskę

Zjawisko prekariatu dotarło także nad Wisłę. Oczywiście globalizacja miała wpływ na kształtowanie się stosunków pracy w Polsce, jednak kluczowy okazał się okres transformacji ustrojowej – według Rafała Wosia polska transformacja stała się dla Polaków rzeczywistością (często bolesną) w roku 1990. W tym czasie zostały zdeterminowane charakter i droga dalszych przemian. To właśnie wtedy bezrobocie zaczęło rosnąć – od znikomego przed rokiem 1989 do 16,4 % w 1993 r.⁴¹ Do roku 2000 bezrobocie minimalnie zmniejszało się, po czym znów zaczęło rosnąć. Najistotniejsze jest jednak to, że poziom bezrobocia już nigdy więcej nie był zbliżony do poziomu z roku 1990⁴².

³⁷ J. Howe, R. Owens, *Temporary Labour Migration in the Global Era*, <http://www.iisj.net/sites/default/files/9781509906284Introduction.pdf> [20.01.2017 r.].

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Białe kołnierzyki – czyli *white collars*, osoby zatrudnione przeważnie w sektorze publicznym czy też w administracji. Generalnie są to osoby niewykonyjące pracy fizycznej.

⁴⁰ G. Standing, *Precariat...*, s. 41.

⁴¹ R. Woś, *op. cit.*, s. 73–82.

⁴² *Stopa bezrobocia rejestrowanego w latach 1990–2018*, Główny Urząd Statystyczny, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobocie-rejestrowane/stopa-bezrobocia-rejestrowanego-w-latach-1990-2018,4,1.html> [dostęp: 10.07.2017 r.].

W Polsce po roku 1989 doszło do największego spadku zatrudnienia w przemyśle w skali całej powojennej Europy – wówczas państwa średniozamożne (w tym Polska) decydowały o gwałtownej liberalizacji handlu, nakazując rywalizować polskim producentom z konkurentami z bogatych krajów zachodnich. Skutki były drastyczne – spadek PKB w tamtym okresie wyniósł aż 11%, ceny wzrosły sześć-siedem razy, przy czym pensje realne spadły o 24%⁴³. Warto podkreślić, że gwałtowne zmiany zostały wprowadzone bez społecznych konsultacji – nie skorzystano z instytucji dialogu społecznego. Woś nazywa te wydarzenia atakiem na prawa człowieka do minimum egzystencji i do godności życia milionów ludzi. Możemy je uznać za pokłosie m.in. wprowadzania konsensusu waszyngtońskiego – dziesięciu zasad promujących wolny rynek, wymyślonych przez Johna Williamsona, które zdominowały sposób myślenia o gospodarce – kraje bogate narzucały neoliberalne zasady reszcie świata, bez względu na stopień rozwinięcia danego kraju. Przykładowo rząd nie mógł ingerować w rynek pracy ze względu na naruszenie procesu podnoszenia produktywności gospodarki i konkurencyjności⁴⁴. Problemem jest przede wszystkim to, że zasady te były wprowadzane w tempie ekspresowym i „sztywno” – bez dostosowania ich do budżetu i społeczeństwa, w którym były wdrażane.

Aby uświadomić sobie gwałtowność tych przemian, należy przyjrzeć się pracy w poprzednim ustroju, gdzie dominowała gospodarka centralnie planowana. Elizabeth Dunn, amerykańska antropolożka, autorka książki *Prywatyzując Polskę*, w której opisuje jak zmieniło się życie zawodowe Polaków po upadku komunizmu, wspomina, że mimo iż gospodarka socjalistyczna była niewydolna, to ludzie mieli więcej czasu, który nie był zagospodarowany według ekonomicznej logiki produkcji dla zysku. W latach 90. natomiast ludzie byli bardzo szybko uczeni kapitalistycznych sposobów działania i pracowania. Nie miano jednak pojęcia, że pomysły amerykańskiego managementu zupełnie nie sprawdzą się w tym kontekście kulturowym. System ewaluacji pracowników miał służyć budowaniu kultury samodyscypliny oraz utrwaleniu hierarchii zawodowych. Dunn podkreśla, że szczególnie w Polsce wyznacznikiem dobrej gospodarki jest wzrost PKB – traktowanie idei wzrostu gospodarczego jako rozwiązania wszystkich problemów⁴⁵.

Kolejnym momentem w polskiej historii sprzyjającym prekaryzacji jest stworzenie w latach 2003/2004 podstaw funkcjonowania rynku pracy tymczasowej w oparciu o plan Hausnera⁴⁶. Wtedy na popularności zyskała praca tymczasowa. Jej nasilenie spowodowało omijanie praw pracowniczych – brak szczególnej ochrony przed zwolnieniem,

⁴³ R. Woś, *op. cit.*, s. 73–82.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 87–154.

⁴⁵ E. Dunn, *Produktywni i źli*, (wywiad przepr. J. Malko), „Res Publica Nowa” 2016, nr 3(255).

⁴⁶ Plan Hausnera – plan oszczędnościowy nazwany „Programem uporządkowania i ograniczania wydatków publicznych” przyjęty przez rząd Leszka Millera w roku 2004. Miał być reakcją na dług publiczny i deficyt budżetowy.

krótszy okres wypowiedzenia umowy czy też nadużywanie umów cywilnoprawnych, na które słabsi pracownicy też się godzili – dostawali dzięki temu więcej „na rękę”, co przy bardzo niskich zarobkach nie powinno dziwić⁴⁷. Warto dodać, że zanotowano wówczas największy wzrost bezrobocia (do 20%) od 1993 r.⁴⁸

Przy umowach cywilnoprawnych (zatrudnienie poza umowami regulowanymi w Kodeksie pracy) nie znajduje zastosowania Kodeks pracy, który zapewnia ochronę praw pracowników. Do takich umów zaliczyć możemy umowy zlecenia (art. 734–751 Kodeksu cywilnego)⁴⁹, umowy o dzieło (art. 627–646 k.c.)⁵⁰, kontrakty menedżerskie (art. 734–751 k.c.)⁵¹ oraz pozostałe umowy cywilnoprawne. Pracownicy korzystający z tych umów nie mogą liczyć na prawo do wstępowania do organizacji pracowniczych, prawo do bezpiecznych warunków pracy, prawo do urlopu, obowiązkowo równe traktowanie i niedyskryminację, o których jest mowa w rozdziale II Kodeksu pracy. Miejsca pracy podlegają także Państwowej Inspekcji Pracy. Zwykle najmniej korzystna dla pracownika jest umowa na czas określony, co stwarzać może poczucie niepewności i niestabilności, jednak ci pracownicy mogą jak najbardziej korzystać z przepisów zawartych w Kodeksie pracy⁵².

Prekaryzacja w Polsce jest wzmocniana również przez bardzo elastyczny rynek pracy, na co wskazuje odsetek osób zatrudnionych na umowach niestandardowych – wyższy niż w większości krajów UE. Ponadto związki zawodowe także nie mają silnej pozycji – Woś wskazuje, że wśród pracodawców panuje paternalistyczne przekonanie, że pracodawca jest dla swojego pracownika najlepszym związkiem zawodowym. Dodatkowo preferowane są negocjacje indywidualne⁵³. Zdaniem Michała Smoleńca sytuacja prekariuszy jest trudna ze względu na brak okazji do zawiązania relacji, które są niezbędne do występowania we wspólnym interesie. Co więcej budowana jest atmosfera nieufności i obaw – pensje są mało różnicowane, a pracownicy nie mogą często zdradzać ich wysokości. Pracodawcy odwołują się także do ambicji, pragnienia rozwoju, pasji naukowej czy też zmiany świata na lepsze. Mimo że wielu pracowników zdaje sobie sprawę z tego wyzysku, to czynniki kulturowe nie pozwalają im się z niego uwolnić⁵⁴. Za jednych z najbardziej poszkodowanych można uznać ludzi dorastających w czasie transformacji, którzy są przyzwyczajeni do niemarnowania czasu i pracowania w wolnych chwilach, mimo

⁴⁷ R. Woś, *op. cit.*, s. 244, 320.

⁴⁸ *Stopa bezrobocia...*

⁴⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej k.c.

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141 z późn. zm.).

⁵³ R. Woś, *op. cit.*, s. 250.

⁵⁴ M. Smoleń, *Perspektywy świata pracy*, „Res Publica Nowa” 2016, nr 3(255).

braku takiej konieczności. Obecnie rośnie także grupa młodych ludzi, którzy pracują i zarabiają poniżej aspiracji i możliwości – ogromna część ludzi młodych, którzy wchodzi na rynek pracy, ma wrażenie, że jedyne posady, które mogą dostać, są poniżej ich oczekiwań. Dodatkowo demografowie twierdzą, że poziom wykształcenia polskiego społeczeństwa staje się zbyt dobry/wysoki w porównaniu do poziomu rozwoju kraju⁵⁵. Dla tego pokolenia rozczarowujący okazał się być kapitalistyczny mit *self-made mana*⁵⁶, w duchu którego byli wychowywani. Okazuje się być nieprawdą twierdzenie, że dzięki swojej zaradności mogą wzbogacić się oraz osiągnąć wysoką pozycję społeczną. Elizabeth Dunn podkreśla, że ludzie w „indywidualizowanym świecie słyszą, że jeśli coś im nie wychodzi, mogą być źli wyłącznie na samych sobie”⁵⁷.

Niepocieszające są także statystyki. Jak podaje Główny Urząd Statystyczny (dalej: GUS) w okresie objętym badaniem wykonywanie jakiejkolwiek pracy w ramach nietypowych form zatrudnienia zadeklarowało 1087 tys. osób, co stanowiło 6,9% ogółu wszystkich pracujących. Według analizy GUS-u, która obejmowała struktury osób pracujących w nietypowych formach zatrudnienia (w głównym miejscu pracy) wynika, że najpopularniejszą formą jest praca wykonywana w oparciu o umowę-zlecenie – aż 65,7% ogółu pracujących w ramach umów niebędących umową o pracę zadeklarowało wykonywanie pracy na podstawie takiej umowy, natomiast osoby pracujące na umowy-zlecenia stanowiły 2,9% ogółu wszystkich pracujących. Ponadto spośród wszystkich pracujących to kobiety częściej były zatrudnione na umowach innych niż oparte na przepisach Kodeksu pracy.

Z analizy uwzględniającej wiek osób pracujących w oparciu o umowy inne niż te zawarte w Kodeksie pracy wynika, że najczęściej takie umowy dotyczyły osób pracujących w wieku 15–24 lat. Odsetek tego typu zatrudnienia w pracy stanowiącej główne źródło dochodu wśród wszystkich osób pracujących w tym wieku wyniósł 13,1%. Drugą grupą pracujących z najwyższym odsetkiem zatrudnienia w oparciu o nietypowe formy zatrudnienia były osoby w wieku 60 lat i więcej. Biorąc pod uwagę wykształcenie, praca w nietypowych formach zatrudnienia wykonywana była przede wszystkim przez osoby z wykształceniem średnim ogólnokształcącym (6,7%). Co ciekawe najniższy odsetek nietypowych form zatrudnienia występował wśród pracujących z wykształceniem policealnym i średnim zawodowym (3,7%). Dodatkowo wszystkie osoby z wykształceniem średnim ogólnokształcącym, które pracowały w ramach umów cywilnoprawnych, deklarowały iż jest to ich jedyna praca⁵⁸.

⁵⁵ R. Woś, *op. cit.*, s. 289, 388.

⁵⁶ *Self-made man* – człowiek zawdzięczający wszystko wyłącznie sobie, swoim zdolnościom i własnej pracowitości. <https://sjp.pl/self-made+man>.

⁵⁷ E. Dunn, *op. cit.*

⁵⁸ *Pracujący w nietypowych formach zatrudnienia*, Główny Urząd Statystyczny, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/opracowania/pracujacy-w-nietypowych-formach-zatrudnienia,11,1.html> [dostęp: 01.02.2017 r.].

Można dojść do wniosku, iż system i pracodawcy wykorzystują słabości pracowników takie jak młody/stary wiek, płeć czy brak doświadczenia zawodowego. Dla pracodawcy jest to duża wygoda, gdyż nie musi zapewniać pracownikowi wszelkich korzyści płynących z prawa pracy (brak umowy o pracę, brak urlopów), a może zaoszczędzić. Powoduje to wzrost nierówności społecznych (słabo opłacalny pracownik → pracodawca milioner). Rafał Woś wskazuje, że „bogaci XXI wieku dokładają się do wspólnej kasy w stopniu dużo mniejszym niż pokolenie ich rodziców, a czasami i dziadków” – możemy rozumieć przez to ludzi biznesu, którzy podczas cięć likwidujących państwo dobrobytu i tak mogli liczyć na subsydia i zwolnienia podatkowe. Dziennikarz podkreśla, że media i politycy przyjęli perspektywę pracownika-pasożyta, który pragnie tylko wygodnego życia, natomiast „w III RP panowała atmosfera fetowania biznesu za samo istnienie”⁵⁹. Prekaryjne zatrudnienie nie wymusza konieczności odprowadzania składek do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, na czym tracą oczywiście pracownicy. A. Kolek wskazuje, że uzależnienie świadczeń społecznych od stabilności opłacania składek, czyli od stabilności zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (w oparciu o Kodeks pracy), powoduje wykluczanie z powszechnego systemu zabezpieczenia społecznego coraz większych grup społecznych i osłabienia poczucia bezpieczeństwa i stabilności społecznej. Przyglądając się statystykom, możemy stwierdzić, iż problem ten będzie się tylko pogłębiał – ogromna część osób nie pracuje na podstawie kodeksowej umowy o pracę. Dodatkowo problem prekaryzacji dotyka szczególnie kobiet, co potwierdzają liczne badania. Sytuacja jest szczególnie trudna, jeżeli kobieta zdecyduje się na posiadanie potomstwa. Ciężko tu mówić o bezpieczeństwie socjalnym w sytuacji niestandardowej umowy o pracę. Konsekwencje prekaryzacji znajdują ujście nie tylko w postaci pogorszenia się sytuacji pracowników.

Możemy zauważyć, że frustracja pracowników odbija się także w wyborach politycznych – w ostatnim czasie mogliśmy zaobserwować ogromny wzrost popularności partii populistycznych – nie tylko w Polsce. Jednakże na przykładzie Polski możemy zauważyć, że poparcie to ściśle wiąże się z niezadowoleniem na rynku pracy – partia rządząca zaproponowała obniżenie wieku emerytalnego, co mogło być powodem wielu oddanych na nią głosów. Dodatkowym plusem okazał się program 500+, po którego wprowadzeniu media zaobserwowały znaczny wzrost rezygnacji z pracy. Ma to ogromny związek z prekaryzacją rynku pracy. Pracownicy z nieunormowanymi godzinami pracy, niskim dochodem, brakiem zapewnionej emerytury lub zbyt długim czasem oczekiwania na nią decydują się na pozostanie w domach, jeżeli w ramach programu 500+ ich miesięczny budżet nie ulegnie diametralnym zmianom, a będą mogli uniknąć złego traktowania przez pracodawcę. Niesie to nadzieję na spadek prekaryzacji rynku pracy.

⁵⁹ R. Woś, *op. cit.*, s. 46, 246, 312.

Dużo większego wpływu prekariatu na politykę upatruje Leszek Koczanowicz, który w swoich pracach zajmuje się filozofią polityki, koncepcjami demokracji i etyką polityki. Uważa on, że radykalny neoliberalizm (powodujący prekarność) sprawił, że żądania socjalne w Polsce powiązane są z ideologią pravicową, a nie jak w innych krajach z wrażliwością lewicową. Dodaje, że prekarność podważa rdzeń demokracji, jakim jest odpowiedzialność za innych i solidarność. Filozof jest kolejną osobą, która uważa, że prekaryzacja dotknęła najbardziej młode pokolenie, które wychowane zostało po transformacji. Problemem jest jednak to, że pokolenie to jest egoistyczne i pravicowe, a pragnienie wspólnoty zaspokaja poprzez sentyment narodowy⁶⁰. Patrząc na powyższe, można oczekiwać, iż polityka liberalna przez długi czas nie powróci do łask wyborców. Niewiadomym pozostaje jednak to, czy sytuacja na rynku pracy się poprawi.

5. Prawniczy prekariat

W tym miejscu należy przejść do wyjaśnień, co mają wspólnego prawnicy z prekariatem. Niestety, ale większość z powyższych tez dotyczących prekariatu dotyczy też wielu młodych prawników pracujących w sektorze prywatnym. Wystarczy spojrzeć na zarobki młodych prawników oraz na los aplikanta, aby dostrzec, że reprezentują oni grupę prekariuszy. Łamana jest zasada Platona, według której żaden człowiek nie powinien być czterokrotnie bogatszy od najbiedniejszego członka społeczności. Nie sposób nie wskazać w tym miejscu na zarobki aplikantów (lub ich brak) oraz przykładowo na zarobki adwokata zarządzającego dużą kancelarią w stolicy. Stereotypowym prawnikiem jest raczej ten drugi. W tym miejscu możemy zauważyć, jak duża jest rozbieżność pomiędzy wyobrażeniem społeczeństwa o grupie zawodowej a rzeczywistą sytuacją sporej jej części. Patrząc na obraz prawnika w popkulturze, a tym samym na stereotyp funkcjonujący w społeczeństwie polskim, możemy odnieść wrażenie, że prawnicy stanowią niemalże elitę (najbardziej uprzywilejowaną klasę) według kategoryzacji Standinga. Jednak większość aplikantów oraz część adwokatów i radców prawnych rozpoczynających swoją działalność znajduje się kilka kategorii niżej. Za prekariatem są już tylko dwie kategorie – bezrobotni i osoby nieprzystosowane społecznie. W związku z fałszywym obrazem, można domniemywać, że w razie ewentualnych protestów czy postulatów związanych z poprawą sytuacji, grupa ta nie otrzyma poparcia społecznego, które wciąż uważa ją za polską elitę. Wysoki prestiż symboliczny jest podtrzymywany nie tylko przez popkulturę – według Anny Malickiej istotnie wpływa na to obejmowanie regulacjami prawnymi nowych dziedzin życia, określane jako jurydyzacja życia publicznego, społecznego i gospodarczego. Sami klienci (określani przez autorkę jako konsumenci) nie są w stanie pojąć tej profesjo-

⁶⁰ L. Koczanowicz, *Masowe sny*, „Res Publica Nowa” 2016, nr 3 (255).

nalnej wiedzy, co tylko wzmacnia prestiż prawników⁶¹. Jednak za drzwiami kancelarii pracownicy prekaryjni godzą się na wszelkie ustępstwa ze względu na zagrożenie bezrobociem, co się wiąże z pozostaniem bez środków do życia czy też z przerwą w przygotowywaniu się do zawodu, co dodatkowo utrudnia start po zdaniu egzaminu.

Prekariusze nie mają także zapewnionego poczucia, że wykonywane w owym czasie prace zapewnią im stabilność lub też będą miały istotny wpływ na ich przyszłość. Odzwierciedla to idealnie sytuację aplikantów – praca u patrona dla większości z nich kończy się wraz ze zdaniem egzaminu końcowego. Wówczas muszą ponownie szukać pracy lub założyć własną działalność, co niewątpliwie wiąże się nie tylko ze stresem, ale też z wysokimi kosztami i koniecznością „zdobycia” klientów. Sytuacja zawodowa, a zarazem finansowa utrudniają i opóźniają także założenie rodziny – prawnik mogący przystąpić do wykonywania zawodu ma co najmniej 28 lat. Należy doliczyć do tego czas na przystosowanie się do rynku pracy, na zdobycie klientów, zgromadzenie oszczędności itp. Bez umowy o pracę ciężiej jest także o kredyt w banku – zdolność kredytowa bez stałych dochodów jest znikoma. Banki, sprawdzając zdolność spłaty kredytu, biorą pod uwagę wysokość dochodu, ich regularność, źródło oraz okres ich uzyskiwania. Bank zawsze uwzględnia rodzaj umowy, przez co najłatwiej jest otrzymać kredyt, posiadając umowę o pracę na czas nieokreślony. W przypadku innych umów sytuacja się komplikuje i konieczne jest spełnienie licznych (czasami niemożliwych dla aplikantów) kryteriów⁶². Według Rafała Wosia – im gorzej pracownik jest opłacany i im bardziej sprekaryzowany, tym bardziej ryzykuje, gdyż inwestuje on wszystkie swoje zasoby w jedno przedsięwzięcie⁶³. W przypadku prawników konieczne jest wieloletnie wykształcenie, doświadczenie, często też praca po godzinach oraz np. korzystanie w pracy z własnego komputera.

Jak już wskazano wyżej, ciężko jest mówić o prekaryzacji sędziów czy też prokuratorów. Stanowiska oraz wynagrodzenie są znacznie pewniejsze niż w przypadku wolnych zawodów. Jednak prekaryzacja rozprzestrzeniona w obrębie wolnych zawodów może być jedną z przyczyn feminizacji polskiego sądownictwa, która jest zauważalna na pierwszy rzut oka – na 9933 sędziów 6353 to kobiety. Jest to 64%, przy czym w niektórych wydziałach stosunek procentowy jest znacznie większy⁶⁴. W pierwszej kolejności tym, co odróżnia zawód sędziego od wolnych zawodów, jest stabilność zatrudnienia i wynagrodzenia. Prestiż społeczny jest porównywalny, jednak przykładowo cięża nie wpływa tak znacząco na karierę sędziny, jak na karierę rozpoczynającej działalność ad-

⁶¹ A. Malicka, *Wizja współczesnego prawnika*, Wrocławskie Studia Erazmiańskie, Zeszyty Studenckie Studia Erasmiiana Wratislaviensia, Acta Studentium II, Wrocław 2009.

⁶² R. Gaweł, *Zdolność kredytowa – czym jest i co na nią wpływa?*, <https://www.morizon.pl/blog/zdolnosc-kredytowa-czym-jest-co-na-nia-wplywa/> [dostęp: 10.07.2018 r.].

⁶³ R. Woś, *op. cit.*, s. 217–218.

⁶⁴ A. Krzyżanowska, *Dla kogo fioletowy żabot?*, „Gazeta Prawna.pl” 22.05.2013 r., <http://serwis.gazetaprawna.pl/prawnik/artykuly/707048,dla-kogo-fioletowy-zabot.html> [dostęp: 25.02.2018 r.].

wokatki, która może mieć trudności z powrotem na rynek i ze zdobyciem nowych klientów, nawet po krótkiej nieobecności.

W obecnej sytuacji znajduje zastosowanie powiedzenie „szewc bez butów chodzi”. Wydawać by się mogło, że prawnicy mają kontrolę nad prawem pracy, jednak jak wskazywał mecenas Andrzej Nogał, „wielu adwokatów, jak i organy Adwokatury nie przywiązują wystarczającej uwagi do ochrony praw pracowniczych aplikantów adwokackich”. Adwokaci-pracodawcy pełnią rolę biznesmanów – przedsiębiorców dostosowujących się do wolnego rynku, mimo że powinni stanowić wzór przestrzegania prawa⁶⁵. Mimo że od wejścia w życie Prawa o adwokaturze czy też Kodeksu Etyki Adwokackiej minęło wiele lat i zmieniły się realia dotyczące pracy prawników, to jak wskazuje mecenas Joanna Parafianowicz – brak wynagrodzenia za wykonywane czynności aplikantów pozostał. Według adwokacki takie zachowania nie są rozpatrywane w kategoriach dyscyplinarnego deliktu adwokata, czemu sprzyjał brak korporacyjnych regulacji w tym zakresie⁶⁶. Należy także wskazać na przypadek radcy prawnego, który oczekiwał zapłaty (2 500 zł) za możliwość odbicia u niego praktyk. Plusem tej sytuacji okazało się zauważenie i potępienie tego przypadku przez środowisko prawnicze⁶⁷. Możemy jednak domniemywać, że podnoszone krytyczne głosy przedstawicieli palestry mogą wpływać na poprawę sytuacji. 25 lutego 2018 r. Naczelna Rada Adwokacka wydała uchwałę nakazującą wynagradzanie aplikantów oraz zapewnianie im stabilnych podstaw ekonomicznych i bezpieczeństwa socjalnego⁶⁸. Nie jest to radykalna poprawa, jednak wskazuje to na zmiany w myśleniu o aplikacji.

6. Zakończenie

Nie sposób nie zauważyć, że prestiż symboliczny przyciągający rzesze młodych ludzi na studia prawnicze z pewnością istnieje, a popkultura nie przestaje mu sprzyjać. Studenci prawa wierzą, że bycie prawnikiem znaczy „coś więcej”, że odgrywa się ważną rolę w społeczeństwie⁶⁹. Jednak popkultura oraz wyobrażenia społeczne tworzą obraz, jak już wiemy, złudny. To rządy, pracodawcy i środowiska prawnicze tworzą faktyczną sytuację, która sprawia, że prestiż symboliczny nie pokrywa się z prestiżem zarobko-

⁶⁵ A. Nogał, *op. cit.*

⁶⁶ J. Parafianowicz, *Aplikanci nie muszą być biedni*, <http://pokojadwokacki.pl/aplikanci-nie-musza-byc-biedni-adw-joanna-parafianowicz/> [dostęp: 30.11.2017 r.].

⁶⁷ A. Krzyżanowska, *Radca prawny z Poznania odpowie dyscyplinarką za oferowanie płatnych praktyk*, „Rzeczpospolita”, 25.02.2018, <http://www.rp.pl/Etyka-i-reklama/302259971-Radca-prawny-z-Poznania-odpowie-dyscyplinarka-za-oferowanie-płatnych-praktyk.html> [dostęp: 01.03.2018 r.].

⁶⁸ Naczelna Rada Adwokacka, *UCHWAŁA NR 31/2018 Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 25 lutego 2018 r.*, http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uchwala-nr-31-2018wynagrodzenie-22282.pdf [dostęp: 28.02.2018 r.].

⁶⁹ D. Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, NYU Press, Nowy Jork 2007.

wym. Zakładając, że prawnicy odgrywają ogromną rolę w demokratycznych państwach prawa, to w Polsce ciężko jest oczekiwać, że młodzi prawnicy wyjdą na ulicę w obronie sądownictwa czy też rządów prawa, skoro po latach bycia prekariuszami stracą wiarę w idee liberalnej demokracji⁷⁰.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141 z późn. zm.).

Literatura

Bourdieu P., *Acts of Resistance. Against the New Myths of our time*, Polity Press, Cambridge 1998.

Dunn E., *Produktywni i źli*, (wywiad przepr. J. Malko), „Res Publica Nowa” 2016, nr 3(255).

Fudge J., Owens R., *Precarious work, women and the new economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon 2006.

Kennedy D., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, NYU Press Nowy Jork 2007.

Koczanowicz L., *Masowe sny*, „Res Publica Nowa” 2016, nr 3(225).

Malicka A., *Wizja współczesnego prawnika*, Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie Acta Erasiana Wratislaviensia, Acta Studentium II, Wrocław 2009.

Rittich K., *Rights, Risk, and Reward: Governance Norms in the International Order and the Problem of Precarious Work*, [w:] J. Fudge, R. Owens (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon 2006.

Smoleń M., *Perspektywy świata pracy*, „Res Publica Nova” 2016, nr 3(225).

Standing G., *Precariat. The New Dangerous Class*, Bloomsbury, Londyn 2011.

Standing G., *Prekariat. Nowa niebezpieczna klasa*, tłum. K. Czarnecki, P. Kaczmarski, M. Karolak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2014.

Waldron J., *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, [w:] J.E. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law*, NYU Press, Nowy Jork 2011.

Woś R., *To nie jest kraj dla pracowników*, Wydawnictwo W.A.B., Warszawa 2017.

Źródła internetowe

ACTRAV, Policies and regulations to combat precarious employment 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_164286.pdf

⁷⁰ Jeremy Waldron do „konstelacji ideałów” liberalnej demokracji zalicza wartości takie jak: rządy prawa, demokracja, prawa człowieka i wolny rynek – J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, [w:] J.E. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law*, NYU Press, Nowy Jork 2011.

- Adamski M., KRRP: wynagrodzenia aplikantów nie mogą być zapisane w regulaminie aplikacji, <http://www.rp.pl/Aplikacjeegzaminu/310099939-KRRP-wynagrodzenia-aplikantow-nie-moga-byc-zapisane-w-regulaminie-aplikacji.html#ap-1>
- Adamski M., Zarobki adwokatów, radców, sędziów, prokuratorów – raport 2017, <http://www.rp.pl/Uslugi-ceny-zarobki/301169953-Zarobki-adwokatow-radcow-sedziow-prokuratorow---raport-2017.html>
- Buchwałd-Musińska J., Ile zarabia kasjer w Biedronce?, <https://bezprawnik.pl/zarobki-w-biedronce-2018/>
- Czarnota A., Paździora M., Stambulski M. (red.), Nużąca konieczność. Powody podjęcia i ocena studiów prawniczych na WPAE UW, Wrocław 2017, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?id=80007>
- Gawęł R., Zdolność kredytowa – czym jest i co na nią wpływa?, <https://www.morizon.pl/blog/zdolnosc-kredytowa-czym-jest-co-na-nia-wplywa/>
- Howe J., Owens R., Temporary Labour Migration in the Global Era, <http://www.iisj.net/sites/default/files/9781509906284Introduction.pdf>
- Ile zarabia aplikant?, Wynagrodzenia.pl, <https://wynagrodzenia.pl/moja-placa/ile-zarabia-aplikant>
- Informacje o działalności ATRAV <http://ilo.org/actrav/about/lang--en/index.htm>
- Krasnowolski A., Zawody zaufania publicznego, zawody regulowane oraz wolne zawody. Geneza, funkcjonowanie i aktualne problemy, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/56/plik/ot-625_.pdf
- Krzyżanowska A., Dla kogo fioletowy żabot?, <http://serwisy.gazetaprawna.pl/prawnik/artykuly/707048,dla-kogo-fioletowyzabot.html>
- Krzyżanowska A., Radca prawny z Poznania odpowie dyscyplinarką za oferowanie płatnych praktyk, <http://www.rp.pl/Etyka-i-reklama/302259971-Radca-prawny-z-Poznania-odpowie-dyscyplinarka-za-oferowanie-płatnych-praktyk.html>
- Łukaszewicz A., Bezrobocie wśród adwokatów i radców prawnych, <http://www.rp.pl/Adwokaci/304199897-Bezrobocie-wsrod-adwokatow-i-radcow-prawnych.html>
- Mazowieckie Forum Samorządów Zawodów Zaufania Publicznego, Zawody zaufania publicznego, <http://www.zawodyzaufaniapublicznego.pl/o-nas/>
- Naczelna Rada Adwokacka, UCHWAŁA NR 31/2018 Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 25 lutego 2018 r., http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uchwala-nr-31-2018wynagrodzenie-22282.pdf
- Nogal A., Wstydlivy problem, <http://pokojadwokacki.pl/?post=2804>
- Parafianowicz J., Aplikanci nie muszą być biedni, <http://pokojadwokacki.pl/aplikanci-nie-musza-byc-biedni-adw-joanna-parafianowicz/>
- Parafianowicz J., Zero plus VAT – stawka dla aplikanta, <http://pokojadwokacki.pl/zero-plus-vat-stawka-dla-aplikanta-adw-joanna-parafianowicz/>
- Player, Prawo Agaty, <https://player.pl/serie-online/prawo-agaty-odcinki,562/odcinek-2,S04E02,22149.html>
- Pracujący w nietypowych formach zatrudnienia, Główny Urząd Statystyczny, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/opracowania/pracujacy-w-nietypowych-formach-zatrudnienia,11,1.html>
- Stambulski M., Aplikacja akademicka – niewłaściwa recepta na realne problemy, <http://www.rp.pl/Aplikacjeegzaminu/311299910-Aplikacja-akademicka--niewlasciwa-recepta-na-realne-problemy.htm>
- Standing G., Global Feminization Through Flexible Labor: A Theme Revisited, http://www.guystanding.com/files/documents/Global_Feminization_Through_Flexible_Labor_-_theme_revisited.pdf

Stopa bezrobocia rejestrowanego w latach 1990–2018, Główny Urząd Statystyczny, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/bezrobocie-rejestrowane/stopa-bezrobocia-rejestrowanego-w-latach-1990-2018,4,1.html>

Suchorabski M., Ryńska N., Młody prawnik brzmi dumnie? Jak wygląda zawodowa rzeczywistość, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/862334,młody-prawnik-brzmi-dumnie-jak-wyglada-zawodowa-rzeczywistosc.html>

WP, TVP atakuje młodych lekarzy, a jeszcze półtora roku temu pochylała się nad ich niskimi pensjami, <https://wiadomosci.wp.pl/tvp-atakuje-młodych-lekarzy-a-jeszcze-poltora-roku-temu-pochylala-sie-nad-ich-niskimi-pensjami-6177002335360641a>

Wstępne wyniki egzaminów na aplikacje prawnicze, „Rzeczpospolita”, <http://www.rp.pl/Aplikacjeegzaminy/310029950-Wstepne-wyniki-egzaminow-na-aplikacje-prawnicze.html>

Wyniki rekrutacji w roku akademickim 2013/2014, Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, <http://www.nauka.gov.pl/aktualnosci-ministerstwo/uczelnie-techniczne-wciaz-najchetniej-wyberane-przez-kandydatow-na-studia.html>

Przemysław Mazurek¹
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt I OSK 2691/15

Commentary to the Supreme Administrative Court's judgement
of February 9 2016, I OSK 2691/15

Streszczenie

Artykuł jest glosą aprobującą stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego w wyroku, jaki zapadł dnia 9 lutego 2016 r. w sporze pomiędzy GIODO a proboszczem parafii Rzymskokatolickiej odnośnie do wpisania do ksiąg parafialnych aktu apostazji. Glosa aprobująca skupia się na uwypukleniu znaczenia autonomii i jej znaczenia dla ochrony i przetwarzania danych osobowych w Kościele katolickim i innych związkach wyznaniowych.

Słowa kluczowe

Kościół katolicki, autonomia, apostazja, związek wyznaniowy, księgi parafialne, ochrona danych osobowych, dane osobowe

Abstract

The article is a vote approving the position of the Supreme Administrative Court in a judgment that was made on February 9, 2016 in a dispute between the GIODO and the parish priest of the Roman Catholic parish regarding the entry of the apostasy into the parish registers. The approval glossary focuses on emphasizing the importance of autonomy and its importance for the protection and processing of personal data in the Catholic Church and other religious organizations.

Keywords

Catholic Church, autonomy, apostasy, religious association, parish registers, personal data protection, personal data

Głosowane orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) zapadło w sporze pomiędzy Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych (dalej GIO-DO) a Proboszczem Parafii Rzymskokatolickiej na tle decyzji Generalnego Inspektora

¹ Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Obecnie jest na IV roku studiów. Jest również doktorantem Papieskiego Wydziału Teologicznego we Wrocławiu. Autor w swej pracy badawczej zajmuje się tematyką z pogranicza prawa i Kościoła.

Ochrony Danych Osobowych w przedmiocie przetwarzania danych osobowych o dokonanie aktu apostazji. W postępowaniu kasacyjnym NSA oddaliło skargę wniesioną przez GIODO w sporze o wpisanie do ksiąg parafialnych aktu apostazji i zarazem podtrzymało wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego. Dotychczas wraz z tym wyrokiem wytworzyły się trzy linie orzecznicze sądów administracyjnych. W pierwszej linii orzeczniczej NSA uznawał, że zarówno GIODO, jak i Wojewódzkie Sądy Administracyjne nie dostrzegły, „że w tej mierze organ nie określił, jakie były podstawy prawne wystąpienia skarżącego z Kościoła. [...] nie rozważył charakteru prawnego powołanego przez proboszcza dokumentu Konferencji Episkopatu Polski [...], w szczególności, czy w świetle postanowień Konkordatu oraz ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej są one prawem wewnętrznym kościoła oraz czy w chwili wydawania przez organ decyzji o umorzeniu postępowania miały one moc obowiązującą. W sprawie ocenie podlegał także dowód w postaci pisemnego oświadczenia skarżącego o wystąpieniu z Kościoła [...]. Niezbędne było również wyjaśnienie, jakie warunki musi spełnić osoba chcąca wystąpić z Kościoła”². Z tego wynika, że organ, w tym przede wszystkim GIODO, musi ustalić, czy wnioskodawca dopełnił wymagań wynikających z przepisów wewnętrznych bądź wyznaniowych w zakresie wystąpienia z Kościoła lub związku wyznaniowego. Dopiero takie ustalenie faktu ma być podstawą do ewentualnych dalszych działań GIODO w zakresie przetwarzania danych osobowych. Z drugiej grupy orzeczeń NSA (tzw. II linia orzecznicza) wynika, że kwestie związane zarówno z wstąpieniem, jak i wystąpieniem z danej wspólnoty wyznaniowej są sprawą wewnętrzną tych wspólnot, o ile nie dotyczą uprawnień lub obowiązków danego podmiotu o charakterze zewnętrznym, gwarantowanych przepisami powszechnie obowiązującego prawa³. NSA w przywołanych wyrokach podkreślał, że sprawa, w której wnioskodawca wnosi o ochronę jego danych osobowych przez związki wyznaniowe (w tych konkretnych przypadkach chodzi o osobę należącą do Kościoła katolickiego) dotyczy jednej z podstawowych wartości demokratycznego państwa prawa, jaką jest wolność sumienia i wyznania. Uznano zatem, że wobec doniosłości zagadnienia oświadczenie o wystąpieniu z kościoła nie może być oceniane tylko z punktu widzenia przepisów prawa wewnętrznego danego związku, w tym przypadku prawa Kościoła katolickiego. W tym zakresie skuteczność oświadczenia powinna być oceniana na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa cywilnego. Wobec takiego stanowi-

² Zob. wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt I OSK 897/12, [w:] <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0169172BC6>; oraz wyrok NSA z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt I OSK 932/12 [w:] <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C0C6D38154>.

³ Zob. wyrok NSA z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt I OSK 1487/12, [w:] <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D98FBE6134>; jak również wyrok NSA z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt I OSK 1828/12, [w:] <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/3FF9924688>.

ska NSA Generalny Inspektor Danych Osobowych zaczął wydawać decyzje administracyjne o charakterze merytorycznym. Glosowany wyrok dotyczy właśnie jednej ze spraw, które zostały zainicjowane tą linią orzeczniczą. Zanim przejdę do omawiania tego wyroku, należy zauważyć, że doktryna nie zajmowała się tym zagadnieniem szczegółowo.

Naczelny Sąd Administracyjny tym wyrokiem odszedł od dotychczasowej linii orzecznictwa i przyjął tzw. III linię orzeczniczą, w której dokonał wnikliwej analizy sporu, jaki zaistniał między GIODO a – ogólnie rzecz ujmując – przepisami o apostazji Kościoła katolickiego. Mimo że glosowany wyrok zapadł w konkretnej sprawie, ma on skutki prawne dla spraw o podobnym znaczeniu nie tylko odnoszących się do wspólnoty Kościoła katolickiego. Wyrok, uznając szeroką autonomię wspólnoty wyznaniowej, ma zastosowanie również do spraw o podobnym znaczeniu dla innych wspólnot wyznaniowych działających i zarejestrowanych w Polsce. Należy w tym miejscu zauważyć, że zagadnienie autonomii zarówno Kościoła katolickiego, jak i innych związków wyznaniowych jest w doktrynie traktowane bardzo powierzchownie. Glosa nie pozwala na omówienie szeroko tego zagadnienia, ale chcę zwrócić uwagę na jeden aspekt, a mianowicie na autonomię. Punktem wyjścia do naszych rozważań powinno być zdefiniowanie pojęcia autonomii na gruncie języka prawniczego. „W tym miejscu należy przytoczyć doktrynalne koncepcje pozytywnego odczytania komentowanej syntagmy. W świetle jednej z nich art. 25 ust. 3 in initio Konstytucji RP przede wszystkim gwarantuje samorządność związków religijnych w sprawach wewnętrznych, czyli doktrynalnych i organizacyjnych, oraz gwarantuje niekompetencję organów władzy publicznej w kwestiach natury religijnej”⁴. Należy również zauważyć, że i w doktrynie, i w literaturze przedmiotu „pojęcie autonomii można rozpatrywać w dwóch znaczeniach. W sensie ontologicznym oznacza ono, że dany byt ma swoją własną wartość (wewnętrzną dobroć), a w sensie normatywnym – uprawnienie do rządzenia się własnym prawem w określonej dziedzinie. Niezależność to tak wysoki stopień autonomii danego bytu, który wyklucza ingerencję innego podmiotu w sprawy wewnętrzne tego pierwszego, szczególnie poprzez prawne ich unormowanie. Autonomia danej społeczności powinna być zatem postrzegana w relacjach ad intra, czyli w stosunkach wewnętrznych, a niezależność w relacjach ad extra, czyli względem innych podmiotów”⁵. Można to zatem ująć jako prawo do samodzielnego decydowania o sprawach właściwych danej społeczności, czyli takich, które składają się na zakres semantyczny frazy „w swoim zakresie”. Należy

⁴ Zob. A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisz (red.), *Prawo wyznaniowe*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 75; M. Pietrzak, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2001, s. 174.

⁵ Zob. J. Krukowski, *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2000, s. 82–98.

zauważyć również, iż termin autonomia jest użyty wraz ze słowem niezależny. W świetle omawianego artykułu oraz całego kontekstu zwrot „poszanowania ich autonomii oraz wzajemnej niezależności” stanowi jeden niepodzielny termin legalny, właściwy wyłącznie normatywnemu ujęciu stosunków państwo–Kościół. Definiowanie odrębnie tych dwóch terminów „autonomia” i „niezależność”, jak również ich semantyczna identyfikacja oddzielnie i próba odniesienia do prawnego kształtu relacji państwa ze związkami religijnymi nie wydaje się właściwa. Można z tego wyciągnąć wniosek, że intencją ustrojodawcy było ustanowienie zasady gwarantującej organizacyjną oraz funkcjonalną odrębność organów i instytucji wspólnoty politycznej oraz wspólnot wyznaniowych.

W postępowaniu NSA powołał się na szeroką autonomię, jaką został obdarzony Kościół katolicki w ustawodawstwie polskim. W dotychczasowym orzecznictwie dominował pogląd, „że dla potrzeb ustalenia istnienia przesłanki przynależności do kościoła, o której mowa w art. 43 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych, ocena skuteczności oświadczenia skarżącego o wystąpieniu z Kościoła Katolickiego musi być dokonana na gruncie przepisów powszechnie obowiązujących, tj. Konstytucji RP i ustaw”. Naczelny Sąd Administracyjny, orzekając w przedmiotowej sprawie, dokonał trafnego rozstrzygnięcia, przyznając, że każda wspólnota religijna, w tym Kościół katolicki, sama określa zasady wstępowania i występowania ze swej wspólnoty. Utrzymanie dotychczasowej linii orzecznictwa naruszałoby konstytucyjną autonomię pomiędzy Kościołem katolickim a państwem polskim.

W uzasadnieniu NSA rozważył następujące kwestie:

- „1. prawnego charakteru stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego i dopuszczalności oraz zakresu ewentualnie dopuszczalnej ingerencji organów państwowych w sprawy kościelne, i co z tym się wiąże,
2. zakresu stosowania w stosunkach Państwo–Kościół norm prawa powszechnie obowiązującego, w tym prawa wspólnotowego;
3. wpływu źródeł prawa kanonicznego na krajowy porządek prawny;
4. istoty i charakteru członkostwa w Kościele Katolickim;
5. charakteru prawnego i skutków oświadczenia o wystąpieniu z Kościoła Katolickiego, składanego przez członka tego Kościoła (*defectio ab Ecclesia*);
6. charakteru prawnego i skutków apostazji, jako całkowitego porzucenia wiary;
7. charakteru wpisu adnotacji o chrzcie w parafialnej księdze ochrzczonych;
8. obowiązków Kościoła Katolickiego, wynikających z prawa kościelnego, będących skutkiem złożenia oświadczenia o wystąpieniu z tego Kościoła lub apostazji”.

Naczelny Sąd Administracyjny, powołując się na powszechność źródeł prawa, dokonał interpretacji prawa kościelnego, nie wchodząc w kognicyjny charakter „w zakresie dokonywania wiążącej wykładni prawa kościelnego, doktryny wiary lub orzekania

w sprawach Kościoła Katolickiego”. W uzasadnieniu swym NSA zwrócił uwagę na istotną przesłankę, która pozwoliła na takie, a nie inne rozstrzygnięcie. Przesłanka autonomii i niezależności wspólnoty religijnej do decydowania o przynależności do niej poszczególnych osób, w tym wykluczenie z danej wspólnoty religijnej, „nie stanowi deliktu w rozumieniu prawa cywilnego i nie podlega kontroli sądowej”⁶. W swym uzasadnieniu NSA podzielił również pogląd „wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 17 listopada 2013 r., I ACa 68/13 (Lex 1506458), że spór dotyczący kanonów wiary katolickiej, spór pomiędzy Kościołem a jego członkiem, pozostaje poza kognicją sądu powszechnego, uznając, że pozostaje także poza kognicją sądu administracyjnego”⁷.

Autonomia zarówno Kościoła katolickiego, jak i pozostałych związków wyznaniowych gwarantowana jest przez art. 25 ust. 3 Konstytucji RP. Przepis ten nie tylko mówi o autonomii, ale też o wzajemnej niezależności działania każdego podmiotu w zakresie współdziałania dla dobra człowieka oraz dobra wspólnego. Zgodnie zaś z art. 25 ust. 4 Konstytucji RP „stosunki między Rzeczpospolitą Polską a Kościołem katolickim określają umowa międzynarodowa zawarta ze Stolicą Apostolską i ustawy”⁸. Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje (art. 31 ust. 2 Konstytucji RP). Ustawa zasadnicza, wprowadzając zasadę wolności sumienia i religii, która jest przewidziana w art. 53 ust. 6, określa, że nikt nie może być zmuszany do uczestnictwa ani do nieuczestnictwa w praktykach religijnych. Obydwa artykuły rozpatrywane łącznie dają możliwość określenia całościowego modelu stosunków między państwem a wspólnotami wyznaniowymi w Polsce. „W doktrynie trafnie wskazuje się, że rozwiązania przyjęte w Konstytucji RP odpowiadają modelowi separacji skoordynowanej”⁹. Zarówno ta autonomia, jak i model separacji skoordynowanej nie pojawił się przypadkowo. W doktrynie wskazuje się, że państwo nie może powoływać się wobec innych państw na swój porządek prawny (w tym również na postanowienia Konstytucji) celem uchylenia się od zobowiązań, jakie nakłada na nie prawo międzynarodowe lub traktaty przyjęte za obowiązujące¹⁰. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Konstytucja uchwalona w roku 1997 jest późniejszym aktem prawnych

⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 sierpnia 2003 r., sygn. akt VI ACa 81/03, OSA 2005/1/1, „Wokanda” 2005/1/33, aprobowany przez L. Garlickiego, [w:] *idem, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, t. V, s. 18, uw. 14 do art. 25.

⁷ Zob. uzasadnienie do wyroku NSA z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt I OSK 2691/15, [w:] <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A6EA06B668>.

⁸ Zob. art. 25 Konstytucji RP (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).

⁹ Zob. uzasadnienie do wyroku NSA z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt I OSK 2691/15, oraz M. Pietrzak, *op. cit.*, s. 53–54; J. Krukowski, K. Warchałowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 25 i n.

¹⁰ Zob. art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439), załącznik; M. Masternak-Kubiak, *Umowa międzynarodowa w prawie konstytucyjnym*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1997, s. 79, 111.

niż ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego i stoi wyżej w hierarchii źródeł prawa. Również Konkordat jako umowa międzynarodowa jest aktem wyższego rzędu. „W przedwojennym orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że konkordat ze Stolicą Apostolską, ratyfikowany przez władze zgodnie z przepisami Konstytucji (art. 49) i ogłoszony w Dzienniku Ustaw jest nie tylko układem międzynarodowym, lecz ustawą mającą moc obowiązującą w stosunkach wewnętrznych, której postanowień sąd winien przestrzegać”¹¹. Konkordat podpisany dnia 28 lipca 1993 r. po ratyfikacji stał się aktem prawnym porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej o wyższej mocy obowiązywania niż ustawa z dnia 17 maja 1989 r. oraz ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz. U. z 2005 r. Nr 231, poz. 1965).

W swym uzasadnieniu do poszanowania autonomii Kościoła katolickiego, jak również innych związków wyznaniowych NSA wziął pod uwagę stanowisko zajęte przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w wyroku z 12 czerwca 2014 r., w którym Trybunał, podkreślając obowiązek ochrony autonomii Kościoła przez państwo, stwierdził: „Poszanowanie autonomii uznawanych przez Państwo związków wyznaniowych oznacza zwłaszcza, iż Państwo powinno zaakceptować prawo takich wspólnot do reagowania, zgodnie z ich własnymi zasadami i interesami, na wszelkie ruchy dysydenckie powstające w ich strukturach, które mogłyby stanowić zagrożenie dla ich spójności, wizerunku lub jedności. Nie jest zatem zadaniem organów władzy krajowej działanie w charakterze arbitra pomiędzy związkami wyznaniowymi a różnymi dysydenckimi frakcjami, które istnieją lub mogą powstać w ich łonie. Należy dalej przypomnieć, iż poza bardzo wyjątkowymi przypadkami prawo do wolności wyznania w rozumieniu Konwencji wyklucza wszelką swobodę decyzyjną po stronie Państwa, która pozwalałaby określać, które przekonania religijne lub środki wykorzystywane do wyrażania takich przekonań są legalne. Nadto zasada autonomii wyznaniowej uniemożliwia Państwu zobowiązanie wspólnoty wyznaniowej do dopuszczenia lub wykluczenia osoby lub powierzenia danej osobie konkretnego obowiązku religijnego”¹².

Nie ulega zatem wątpliwości, że taka interpretacja przepisów prawa państwowego, jak również analiza poszczególnych kluczowych kwestii dla omawianego zagadnienia pozwalają na zajęcie stanowiska, że każda wspólnota wyznaniowa cieszy się szeroką autonomią i może nakładać określone formy co do wstępowania oraz występowania ze wspólnoty.

¹¹ Zob. uzasadnienie do wyroku NSA z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt I OSK 2691/15, oraz orzeczenie SN z dnia 23.10-7.11.1929 r., OSP 1930, IX,435, PPIA 1933, s. 1; akceptowane przez M. Masternak-Kubiak, *op. cit.*, s. 88, 116.

¹² Zob. wyrok ETPCz w sprawie *Martinez vs. Hiszpania*, skarga nr 56030/07.

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).
Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439).

Wyroki

- Wyrok NSA z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt I OSK 932/12.
Wyrok NSA z dnia 4 kwietnia 2013 r., sygn. akt I OSK 897/12.
Wyrok NSA z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt I OSK 1487/12.
Wyrok NSA z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt I OSK 1520/13.
Wyrok NSA z dnia 24 października 2013 r., sygn. akt I OSK 1828/12.
Wyrok NSA z dnia 9 lutego 2016 r., sygn. akt I OSK 2691/15.
Wyrok ETPCz w sprawie *Martinez vs. Hiszpania*, skarga nr 56030/07.
Orzeczenie SN z dnia 23.10-7.11.1929 r., OSP 1930, IX,435, PPIA 1933.
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 sierpnia 2003 r., sygn. akt VI ACa 81/03.

Literatura przedmiotu

- Mezglewski A., Misztal H., Stanisz P. (red.), *Prawo wyznaniowe*, C.H Beck, Warszawa 2011.
Pietrzak M., [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2001.
Krukowski J., *Kościół i państwo: podstawy relacji prawnych*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2000.
Garlicki L., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007.
Krukowski J., Warchałowski K., *Polskie prawo wyznaniowe*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000.
Masternak-Kubiak M., *Umowa międzynarodowa w prawie konstytucyjnym*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1997.

Dorota Czerwińska
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski

Głosa do uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 12/171

Commentary to the Supreme Court's judgment of January 25 2018, I KZP 12/17

Streszczenie

W głosowanej uchwale z dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 12/17, Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że na wydane przez prezesa sądu odwoławczego w postępowaniu w sprawach o wykroczenia zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku strony o uzasadnienie wyroku zażalenie nie przysługuje. Zdaniem SN przemawia za tym m.in. zasada niezaskarżalności postanowień sądu odwoławczego, a także fakt, że wyrok ten i tak nie podlega zaskarżeniu kasacją, a uzasadnienie ma dla strony charakter wyłącznie informacyjny. Autorka niniejszej glosy nie zgadza się z tezą uchwały i jej uzasadnieniem. W glosie przeanalizowano poglądy doktryny i judykatury na uzasadnienie wyroku jako element standardu prawa do sądu i sprawiedliwości proceduralnej, które winny być zagwarantowane niezależnie od tego, czy od wydanego rozstrzygnięcia służy jeszcze środek zaskarżenia. Uzasadnienie wyroku ma dla stron i społeczeństwa tak duże znaczenie, że nie ma podstaw do różnicowania w tym zakresie standardu w postępowaniu karnym *sensu stricto* i w postępowaniu w sprawach o wykroczenia.

Słowa kluczowe

uzasadnienie wyroku, wnioski o sporządzenie uzasadnienia, prawo do sądu, sprawiedliwość proceduralna, zażalenie, postępowanie w sprawach o wykroczenia

Abstract

In the commented judgment the Supreme Court took the view that the interlocutory appeal against the appellate court's refusal to accept the party's motion for the statement of reason of a judgment is inadmissible in proceedings concerning misdemeanours. According to the Supreme Court, such conclusion may be derived from the principle of non-appeal from the decisions of appellate courts. It is also supported by the fact that the judgment of the appellate court in such proceedings is not subject to cassation, so the written statement of reason is only for information purposes. The author of this commentary disagrees with the thesis and its justification. In the paper, the views of doctrine and judicature are analysed, viewing statement of reasons as part of the fair trial and procedural fairness standard, which should be guaranteed regardless of whether the judgment is still subject to appeal or cassation. The statement of reason is of such importance to the parties and society that there is no basis for differentiating the standard in criminal proceedings and in proceedings concerning misdemeanours in this respect.

¹ LEX nr 2428791.

Keywords

statement of reason, motion to prepare a statement of reason in writing, fair trial, procedural fairness, interlocutory appeal, proceedings concerning misdemeanors

Teza

Na zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego wydane w postępowaniu w sprawach o wykroczenia zażalenie nie przysługuje.

1. Wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego i rozbieżności w orzecznictwie

Głosowana uchwała zapadła w wyniku rozpoznania skierowanego przez Pierwszego Prezesa SN wniosku o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów SN rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Zagadnienie prawne zostało sformułowane następująco:

- „1. Czy na zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego wydane w postępowaniu toczącym się na podstawie ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1713 z późn. zm.) przysługuje zażalenie? W przypadku udzielenia odpowiedzi pozytywnej:
2. Jaki sąd jest funkcjonalnie właściwy do rozpoznania zażalenia, o którym mowa w pkt 1?”

W uzasadnieniu wniosku Pierwszy Prezes SN wskazał na ujawnione rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. W judykaturze z jednej strony prezentowany był bowiem pogląd o niedopuszczalności zażalenia na zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie w postępowaniu wykroczeniowym, z drugiej zaś pojawiła się grupa orzeczeń aprobujących dopuszczalność zażalenia na takie zarządzenie, co z kolei prowadziło do pytania o właściwość funkcjonalną sądu do jego rozpoznania.

Pogląd o niedopuszczalności zażalenia był przy tym niejednolicie uzasadniany, na co zwrócił uwagę Pierwszy Prezes. Tytułem przykładu, w postanowieniu SN z dnia 30 sierpnia 2006 r., III KZ 44/06², uznano niedopuszczalność zażalenia za niebudzącą wątpliwości. Przepis art. 107 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia (dalej k.p.s.w.) *expressis verbis* środka tego nie przewiduje, a art. 109 § 2 k.p.s.w. nie odsyła do

² LEX nr 196979.

przepisu art. 422 § 3 Kodeksu postępowania karnego³, stanowiącego podstawę zażalenia w postępowaniu karnym, więc przepisu tego się nie stosuje. W artykule 109 § 2 k.p.s.w. odesłano natomiast do przepisu art. 426 § 1 k.p.k. ustanawiającego zasadę niezaskarżalności postanowień sądu odwoławczego, która ma decydujące znaczenie. W postanowieniu SN z dnia 7 lutego 2013 r., III KZ 92/12⁴, wskazano jako dodatkowy argument, że przepisy o właściwości sądu w postępowaniu wykroczeniowym nie przyznają ani sądowi apelacyjnemu, ani Sądowi Najwyższemu kompetencji do rozpoznania takiego zażalenia. Zbieżne co do rozstrzygnięcia, lecz całkowicie odmienne co do uzasadnienia było postanowienie SN z dnia 14 grudnia 2016 r., III KZ 80/16⁵, w którym uznano, że art. 422 § 3 k.p.k. ma zastosowanie w postępowaniu odwoławczym w sprawie o wykroczenie, albowiem stosuje się do tego postępowania odpowiednio przepisy o postępowaniu pierwszoinstancyjnym z mocy odesłania zawartego w art. 109 § 1 k.p.s.w., a w postępowaniu pierwszoinstancyjnym zastosowanie art. 422 k.p.k. wynika z odesłania w art. 82 § 1 zd. 2 k.p.s.w. Odpowiednie zastosowanie przepisów o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji musi jednak uwzględniać specyfikę postępowania odwoławczego, co prowadzi do wniosku o stosowaniu jedynie art. 422 § 3 zd. 1 (przewidującego wydanie zarządzenia o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie, natomiast art. 422 § 3 zd. 2 nie może być w ogóle zastosowany, zwłaszcza że nie wiadomo, jaki organ miałby to zażalenie rozpoznawać. Przepisy kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia nie przewidują w tym wypadku tzw. instancji poziomej (tj. właściwości równorzędnego składu sądu odwoławczego do rozpoznania zażalenia), a nie może być mowy o właściwości Sądu Najwyższego, skoro w sprawach o wykroczenia kasacja nie przysługuje.

Jak już wskazano, istnieje nie mniejsza grupa orzeczeń prezentujących pogląd odmienny i aprobujących dopuszczalność zażalenia na postanowienie sądu odwoławczego o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie wyroku w sprawie o wykroczenie. Stanowisko to, wyrażone w postanowieniu SN z dnia 23 sierpnia 2017 r., III KZ 38/17⁶, oparte jest na omówionym już poglądzie o odpowiednim stosowaniu art. 422 k.p.k. w postępowaniu odwoławczym w sprawie o wykroczenie na mocy odesłania art. 109 § 1 k.p.s.w. za pośrednictwem art. 82 § 1 k.p.s.w. Odmienne jednak niż miało to miejsce w cytowanym postanowieniu SN w sprawie III KZ 80/16, tym razem przyjęto, że odpowiednie stosowanie tego przepisu obejmuje również art. 422 § 3 zd. 2, który przewiduje możliwość wywiedzenia wniesienia zażalenia. Właściwy do jego rozpoznania będzie zaś równorzędny skład sądu odwoławczego, co – wobec stwierdzenia luki prawnej – SN wywiódł *per analogiam*

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej k.p.k.

⁴ LEX nr 1277772.

⁵ OSNKW 2017, nr 4, poz. 22.

⁶ LEX nr 2349403.

z art. 14 § 1 pkt 2 k.p.s.w. Tożsame stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z dnia 25 lutego 2016 r., II AKz 54/16⁷, a podobne – choć w nieco odmiennym układzie procesowym – Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 4 kwietnia 2013 r., II KZ 9/13⁸. Nadto w głosowanej uchwale przywołano także dwa postanowienia Sądu Najwyższego wydane w Izbie Wojskowej, kiedy rozpoznano zażalenia na zarządzenia o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie, uznano je zatem za dopuszczalne, odmiennie jednak potraktowano właściwość funkcjonalną (SN nie działał bowiem jako równorzędny skład sądu odwoławczego): postanowienie z dnia 4 września 2003 r., WZ 39/03⁹, i postanowienie z dnia 12 października 2005 r., WZ 72/05¹⁰.

2. Rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego przez Sąd Najwyższy

Sąd Najwyższy uznał, że rzeczywiście zaistniały rozbieżności w wykładni art. 107 i 109 k.p.s.w. w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, które powinny być rozstrzygnięte w drodze uchwały na korzyść stanowiska o niedopuszczalności zażalenia na zarządzenie sądu odwoławczego o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie.

W uzasadnieniu podjętego rozstrzygnięcia Sąd Najwyższy wskazał, że rekonstrukcja istotnego stanu prawnego powinna przebiegać w następujących etapach. W pierwszej kolejności zastosowanie znajdują przepisy art. 103–108 k.p.s.w., bezpośrednio regulujące przebieg postępowania odwoławczego w sprawach o wykroczenia. W dalszej kolejności należy sięgać po enumeratywnie wskazane w art. 109 § 2 k.p.s.w. przepisy kodeksu postępowania karnego regulujące postępowanie odwoławcze w sprawach karnych. Dopiero w razie stwierdzenia, że dana kwestia nie została uregulowana ani przepisami art. 103–108 k.p.s.w., ani przepisami, do których odsyła art. 109 § 2 k.p.s.w., możliwe jest korzystanie z przepisów kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia regulujących przebieg postępowania pierwszoinstancyjnego, co z kolei prowadzi do uruchomienia odesłania zawartego w art. 82 § 1 k.p.s.w., przewidującego odpowiednie stosowanie m.in. art. 422 k.p.k.

Przepisy art. 103–108 k.p.s.w. ani przepisy, do których odsyła art. 109 § 2 k.p.s.w. nie regulują problematyki uzasadniania wyroków sądu odwoławczego wyczerpująco; nie przewidują one choćby organu uprawnionego do stwierdzenia spełnienia wymogów formalnych wniosku i sposobu stwierdzenia ich niedopełnienia. Dopuszczalne jest zatem sięgnięcie do odesłania zawartego w art. 109 § 1 k.p.s.w. i przepisów o postępowaniu pierwszoinstancyjnym, w tym przepisów kodeksu postępowania karnego, do których

⁷ KZS 2016, nr 3, poz. 48.

⁸ LEX nr 1294348.

⁹ LEX nr 185111.

¹⁰ LEX nr 217619.

odsyla art. 82 § 1 k.p.s.w. Nie stoi temu na przeszkodzie pominięcie w wyliczonych w art. 109 § 2 k.p.s.w. przepisach art. 422 k.p.k. (które jawi się jako logiczne, skoro jest to przepis z zakresu postępowania przed sądem I instancji, a odesłanie obejmuje przepisy z zakresu postępowania przed sądem II instancji) ani art. 457 k.p.k. (którego zakres regulacji jest tożsamy z art. 107 k.p.s.w., stąd zrozumiały brak doń odesłania, które musiałyby w tej sytuacji objąć tylko art. 457 § 3 k.p.k., który to przepis sam stanowi odesłanie do art. 422 i 423 k.p.k.).

Wobec powyższego zdaniem SN art. 422 k.p.k. znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu odwoławczym w sprawach o wykroczenia. Bez jego zastosowania nie byłoby podstawy prawnej choćby do wydania samego zarządzenia o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie. Wprawdzie odesłanie w art. 82 § 3 k.p.s.w. dotyczy całego przepisu art. 422 k.p.k., jednak obejmuje ono obowiązek jego odpowiedniego stosowania, które zdaniem SN musi być racjonalne oraz musi uwzględniać aspekty systemowe i funkcjonalne, co oznacza brak możliwości zastosowania art. 422 § 3 zd. 2 k.p.k. przewidującego zaskarżalność zażalenia na zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie. Wynika to zdaniem SN z dwóch podstawowych powodów. Po pierwsze z faktu, że w art. 109 § 2 k.p.s.w. odesłano do art. 426 k.p.k., którego § 1 przewiduje zasadę niezaskarżalności orzeczeń sądu odwoławczego, a jej przełamanie wymaga wyraźnej podstawy prawnej. Po drugie i – jak podkreślił SN – równie ważne, wniosek o uzasadnienie pełni w postępowaniu pierwszoinstancyjnym specyficzną rolę, nie tylko bowiem umożliwia stronie zapoznanie się z motywami rozstrzygnięcia, ale też stanowi „zapowiedź apelacji” i istotny element procedury odwoławczej. To z tego drugiego elementu, zdaniem SN, wynika konieczność zapewnienia możliwości zaskarżenia zarządzenia o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie wyroku sądu I instancji, pozostawienie bowiem w obrocie wadliwego zarządzenia uniemożliwiłoby stronie wywiedzenie apelacji, co naruszałoby konstytucyjny standard dwuinstancyjności. Elementu tego brak w postępowaniu drugoinstancyjnym w sprawie o wykroczenie, skoro od wyroku stronie i tak nie służy kasacja, a uzasadnienie wyroku ma jedynie charakter informacyjny. Wprawdzie uzasadnienie to może mieć dla strony istotne znaczenie, jednak zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie w ocenie SN „nie tylko nie pozbawia strony prawa do poznania motywów rozstrzygnięcia swojej sprawy, ale też nie ogranicza go w stopniu nieakceptowalnym”, skoro strona ma możliwość zapoznania się z ustnymi motywami. Dodatkowo Sąd Najwyższy zauważył, że badany problem występuje tylko w odniesieniu do wyroków utrzymujących w mocy orzeczenie wydane w I instancji, albowiem tylko one są w myśl art. 107 § 2 k.p.s.w. uzasadniane na wniosek, pozostałe zaś – z urzędu. Motywy wyroku sądu I instancji są zaś stronie znane. W razie zaś uchybienia terminowi do złożenia wniosku o uzasadnienie w instancji odwoławczej stronie

służy wniosek o przywrócenie terminu. Słuszność tezy o niedopuszczalności zażalenia potwierdza zaś uregulowanie właściwości funkcjonalnej sądów w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia, które żadnemu z sądów nie przyznaje kompetencji do jego rozstrzygnięcia.

3. Uwagi na kanwie podjętej uchwały

Stanowisko wyrażone w głosowanej uchwale, choć uzasadnione pogłębionym i teoretycznie poprawnym wywodem, nie może być podzielone. Na aprobatę zasługuje stwierdzenie, że art. 422 k.p.k. znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu odwoławczym, nie wydaje się jednak, by owa odpowiedniość oznaczała niestosowanie jego ostatniego fragmentu, tj. art. 422 § 3 zd. 2.

Decydując o stosowaniu wprost, zastosowaniu z modyfikacjami lub niestosowaniu w ogóle art. 422 § 3 zd. 2 w postępowaniu odwoławczym w sprawach o wykroczenia, w istocie Sąd Najwyższy stał przed wyborem o charakterze aksjologicznym. Wydaje się, że z powodzeniem mogły zostać uzasadniane różne stanowiska. W tej sytuacji decydujące znaczenie miały dla Sądu Najwyższego dwa argumenty: związany z ogólną zasadą niezaskarżalności orzeczeń sądu odwoławczego oraz związany ze specyfiką postępowania odwoławczego i postępowania w sprawach o wykroczenia, w którym od prawomocnego wyroku nie przysługuje kasacja. Żaden z tych argumentów nie wydaje się wystarczająco ważki.

Odnosząc się do wyrażonej w art. 426 § 1 k.p.k. zasady niezaskarżalności orzeczeń sądu odwoławczego, przyznać trzeba, że przepis ten wymaga, by ustawa wprowadzała szczegółową podstawę środka zaskarżenia na takie orzeczenie. Rzecz w tym, że ta podstawa w postaci odpowiednio stosowanego art. 422 § 3 k.p.k. istnieje. Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 422 § 3 także w postępowaniu karnym znajduje w postępowaniu odwoławczym zastosowanie jedynie odpowiednie z mocy odesłania zawartego w art. 457 § 3 k.p.k. Mimo to nie jest w piśmiennictwie ani doktrynie kwestionowane, że odpowiednie stosowanie tego przepisu to w tym wypadku stosowanie wprost, a specyfika postępowania odwoławczego nie stoi tu na przeszkodzie¹¹. Również i w tym wypadku dochodzi przecież do przełamania zasady niezaskarżalności orzeczeń sądu odwoławczego mocą przepisu, do którego jedynie odesłano. Argument oparty na tej zasadzie nie może mieć zatem znaczenia decydującego.

Z kolei odnosząc się do tej części rozważań, w której Sąd Najwyższy przyjął, że wyłącznie informacyjny charakter uzasadnienia sądu odwoławczego wywołany brakiem

¹¹ Zob. choćby D. Świecki, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 1155.

dopuszczalności kasacji może usprawiedliwiać wyłączenie kontroli instancyjnej zarządzenia o odmowie przyjęcia wniosku o jego sporządzenie, wskazać należy, że prawo strony do uzasadnienia wyroku jest w piśmiennictwie¹² i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego¹³ uznawane za istotny komponent prawa do sądu. Jeżeli za S. Waltosem¹⁴ i J. Skorupką¹⁵ za cel procesu karnego przyjąć osiągnięcie stanu sprawiedliwości materialnej i proceduralnej, przy czym cel ten zakotwiczony jest w art. 45 Konstytucji dotyczącym każdego postępowania sądowego rozstrzygającego sprawę, to cel ten w równej mierze dotyczyć musi postępowania w sprawie o wykroczenie. W literaturze przedmiotu¹⁶ i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego¹⁷ za podstawowe elementy sprawiedliwości proceduralnej uznaje się: możliwość bycia wysłuchanym, prawo do uzasadnienia wydanego orzeczenia, przewidywalność działań organów procesowych, niezależny status władzy sądowniczej i prawo do zaskarżania decyzji wydanych w pierwszej instancji. Trybunał Konstytucyjny wskazał wręcz, że w zakres sprawiedliwości proceduralnej wchodzi „ujawnienie w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia, w stopniu umożliwiającym weryfikację sposobu myślenia sądu (i to nawet jeśli samo rozstrzygnięcie jest niezaskarżalne – legitymizacja przez przejrzystość)”¹⁸. Także art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej EKPC) swoimi gwarancjami obejmuje prawo strony do uzasadnienia wyroku (*reasoned judgment*)¹⁹. W wyroku w sprawie *Lalmahomed przeciwko Holandii*²⁰ Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej ETPC) wskazał na kluczo-

¹² Zob. K. Zgryzek, *Zwięzłe uzasadnienie – czy to jeszcze uzasadnienie*, [w:] P. Hofmański (red.), *Fiat iustitia, pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądowi Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, Lexis Nexis, Warszawa 2014, s. 663-675; W. Grzeszczyk, *Uzasadnienie wyroku sądu odwoławczego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6, s. 41; D. Gruszecka, *Zmiany standardu uzasadnienia wyroku w kontekście kontradiktoryjności procesu karnego i realizacji prawa do obrony*, „Palestra” 2015, nr 7-8, s. 237.

¹³ Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2; postanowienie TK z dnia 11 kwietnia 2005 r., SK 48/04, OTK-A 2005, nr 4, poz. 45.

¹⁴ S. Waltoś, *Proces karny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 24-25.

¹⁵ J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013, s. 279.

¹⁶ P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, Wolters Kluwer Polska, s. 100-101; *idem*, *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *idem* (red.), *Rzetelny proces karny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 309-310; *idem*, *Sprawiedliwość proceduralna a proces karny*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 83-84; D. Kala, *Prawo do uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego jako element sprawiedliwości proceduralnej w sprawach karnych*, [w:] A. Lach (red.), *Środki zaskarżenia po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2015, s. 43 i cyt. tam literatura. Na istotne znaczenie uzasadnienia orzeczenia, także w perspektywie prawa do obrony, uwagę zwracają także C. Kulesza, R. Starzyńska, *Obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych a prawo do obrony*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 5, s. 15-30.

¹⁷ Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05; postanowienie TK z dnia 11 kwietnia 2005 r., SK 48/04.

¹⁸ Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05.

¹⁹ P. Hofmański, A. Wróbel, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 336.

²⁰ Wyrok ETPC z dnia 22 lutego 2011 r., *Lalmahomed p-ko Holandii*, skarga nr 26036/08, § 43.

we znaczenie uzasadnienia wyroku, gdyż zarówno oskarżony, jak i społeczeństwo muszą zrozumieć wydany wyrok, co stanowi gwarancję chroniącą przed arbitralnością władzy publicznej. W piśmiennictwie traktuje się przy tym odrębnie znaczenie uzasadnienia wyroku z perspektywy transparentności wymiaru sprawiedliwości i decyzji co do wniesienia środka zaskarżenia²¹. Uzasadnienie wyroku pełni funkcje: samokontroli organu orzekającego, wyjaśniająco-interpretacyjną, kontroli zewnętrznej *sensu stricto*, kontroli zewnętrznej *sensu largo* i legitymizacyjną oraz perswazyjną²². Funkcje te są zakotwiczone w zasadach i wartościach konstytucyjnych (art. 2, art. 45 ust. 1, art. 30 Konstytucji) oraz konwencyjnych (prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy karnej przewidziane w art. 6 ust. 1 EKPC)²³. Skoro większość decyzji stosowania prawa wymaga uzasadnienia, a rozstrzyganie konfliktów opiera się na argumentowaniu, to uzasadnienie jest jednym z najważniejszych źródeł legitymizacji porządku prawnego²⁴. Uzasadnienie o trafności orzeczenia ma przekonać nie tylko sąd wyższej instancji czy kasacyjny, ale przede wszystkim strony i opinię publiczną, dlatego też uzasadnienie wyroku nie tylko pełni funkcję procesową, ale i buduje autorytet wymiaru sprawiedliwości i kształtuje zewnętrzne przekonanie o sprawiedliwości orzeczenia²⁵. Uzasadnienie wyroku ma znaczenie edukacyjne, a niekiedy rehabilitacyjne dla strony; ma także znaczenie w postępowaniu wykonawczym²⁶. Dotyczy to w równym stopniu postępowania karnego, jak i postępowania w sprawach o wykroczenia. Także na gruncie innych procedur wyrażany jest pogląd, że wniosek o uzasadnienie jest formą realizacji prawa do sądu²⁷. Wprawdzie waga badanych w postępowaniu wykroczeniowym czynów, a w konsekwencji społeczna stygmatyzacja i orzekane kary, są znacznie lżejsze w porównaniu z postępowaniem karnym *sensu stricto*, nietrudno jednak wyobrazić sobie *in concreto* sytuację, w której zainteresowanie społeczeństwa i mediów sprawą wykroczeniową jest duże, stygmatyzacja sprawcy – znaczna, a nie należy zapominać o tym, że również w postępowaniu wykroczeniowym orzekana jest kara polegająca na pozbawieniu wolności w postaci aresztu. Nie można zatem twierdzić, że uzasadnienie wyroku w sprawie

²¹ P. Starzyński, *Uzasadnienie wyroku jako gwarancja rzetelnego procesu karnego*, [w:] J. Karaźniwicz, J. Kuczur (red.), *Karnomaterialne i procesowe instrumenty ochrony jednostki przed nadużyciami władzy państwowej*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2015, s. 192.

²² R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku w polskim postępowaniu karnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014, s. 46-93.

²³ D. Kala, *op. cit.*, s. 45.

²⁴ *Ibidem*, s. 46.

²⁵ Tak SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 listopada 2003 r., V KK 74/03, LEX nr 84219.

²⁶ E. Skrętowicz, *Wniosek strony o sporządzenie uzasadnienia wyroku karnego*, „Nowe Prawo” 1978, nr 7–8, s. 1140.

²⁷ M. Kulikowska, *Wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku jako forma realizacji prawa do sądu*, „Studia Prawnicze” 2014, nr 4, s. 159–172. Badanej problematyki dotyczy zresztą cały numer cytowanego czasopisma, stanowiący materiały pokonferencyjne ze zorganizowanej przez NSA w dniu 27 listopada 2014 r. konferencji „Uzasadnienia orzeczeń sądowych jako realizacja prawa do sądu”.

wykroczeniowej ma dla strony mniejsze znaczenie niż w sprawie karnej *sensu stricto* i akceptować w tym zakresie zróżnicowania konstytucyjnego standardu prawa do sądu. Ustrojodawca w pełni świadomie przekazał sprawy o wykroczenie pod kognicję sądów powszechnych, na co wskazuje choćby art. 237 Konstytucji RP. Celem tego zabiegu było zapewnienie w tych sprawach pełnego standardu prawa do sądu.

Decydującego znaczenia dla prawa strony do uzyskania pisemnego uzasadnienia wyroku nie ma także fakt, że od wyroku sądu odwoławczego wykroczeniowego nie przysługuje stronie żaden środek zaskarżenia. W piśmiennictwie od dawna podkreślano przysługujące stronie prawo strony do otrzymania motywów pisemnych wyroku, niezależnie od tego, czy ma ona *gravamen* do wywiedzenia środka odwoławczego i czy ostatecznie go wywiedzie (może przecież zostać przekonana treścią pisemnego uzasadnienia bądź wystąpić o nie na użytek postępowania cywilnego czy dyscyplinarnego albo tylko dla zaspokojenia własnej ciekawości)²⁸. Pomędzy wnioskiem o uzasadnienie wyroku a zaskarżeniem orzeczenia istnieje sprzężenie tego rodzaju, że złożenie wniosku o uzasadnienie jest warunkiem zaskarżenia orzeczenia, ale nie odwrotnie; prawo do uzasadnienia nie jest uzależnione od dopuszczalności wniesienia środka zaskarżenia²⁹. Nie należy zanadto utożsamiać wniosku o uzasadnienie wyroku z „zapowiedzią apelacji” (sformułowanie to, użyte przez Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale, nawiązuje do krytykowanego już w latach 70. XX wieku poglądu traktującego wniosek o uzasadnienie wyłącznie jako „zapowiedź rewizji”³⁰). Nawet w sytuacji niezaskarżalności wyroku kasacją przez stronę nie można wykluczyć, że lektura uzasadnienia wyroku skłoni stronę do zainicjowania kontroli kasacyjnej za pośrednictwem jednego z podmiotów wskazanych w art. 110 § 1 k.p.s.w.³¹ Nadto trzeba zauważyć, że sam Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 15 listopada 1975 r., V KRN 109/75³², stwierdził, że niezaskarżalność wyroku akcentuje jeszcze mocniej potrzebę podania przyczyn rozstrzygnięcia.

Wystarczającym argumentem przemawiającym za ograniczeniem prawa do uzyskania wyroku sądu odwoławczego w sprawie o wykroczenie nie jest także fakt, że ograniczenie to aktualizuje się tylko w przypadku wyroków utrzymujących w mocy, tj. stabilizujących orzeczenie pierwszoinstancyjne, którego motywy są już stronie znane. Inny jest bowiem przedmiot uzasadnień wyroku sądu *a quo* i *ad quem*. Sąd I instancji w uzasadnieniu dokonywał analizy materiału dowodowego i czynił ustalenia faktyczne, nadto wskazując przyczyny podjęcia określonego rozstrzygnięcia, podczas gdy sąd odwoław-

²⁸ E. Skrętowicz, *op. cit.*, s. 1133.

²⁹ Z. Gostyński, *Glosa do wyroku SN V KRN 109/75*, „Nowe Prawo” 1976, nr 10, s. 1491.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Zob. *ibidem*, gdzie analogiczny pogląd wyrażono na gruncie ustawodawstwa nieprzewidującego prawa rewizji od wyroku sądu I instancji w sprawie o wykroczenie.

³² OSNKW 1976, nr 2, poz. 30.

czy w uzasadnieniu rozważa trafność zarzutów i wniosków apelacyjnych³³. Zarzuty zawarte w apelacji nie były przedmiotem rozważań sądu I instancji; podnoszone w niej zagadnienia prawne mogły w ogóle nie znaleźć się w orbicie jego zainteresowań. Stąd znaczenie dla strony uzasadnienia wyroku utrzymującego w mocy rozstrzygnięcie pierwszoinstancyjne jest nie mniejsze niż jakiegokolwiek innego rozstrzygnięcia; strona z uzasadnienia wyroku I instancji nie otrzymała przecież informacji, dlaczego podniesione przez nią zarzuty okazały się niezasadne³⁴.

Nie sposób także przyjąć, by wystarczającym zabezpieczeniem prawa strony do uzyskania uzasadnienia wyroku była możliwość wysłuchania ustnych motywów i ewentualnego przywrócenia terminu do złożenia wniosku o uzasadnienie. Co się tyczy ustnych motywów, trzeba zauważyć, że nie są one zwykle tak obszerne i szczegółowe jak uzasadnienie na piśmie, a nadto zgodnie z art. 106 § 1 k.p.s.w. strony nie mają obowiązku, a jedynie prawo uczestnictwa w rozprawie. Z ich nieobecności na rozprawie, na której wygłoszono ustne motywy, nie można zatem wywodzić negatywnych konsekwencji, w tym w zakresie zagwarantowania możliwości uzyskania uzasadnienia na piśmie³⁵. Co do wniosku o przywrócenia terminu, należy zauważyć, że uchybienie terminowi nie stanowi jedynej przyczyny zarządzenia odmowy przyjęcia wniosku o uzasadnienie, a orzecznictwo SN³⁶ w sprawach karnych obfituje w przykłady oczywiście niezasadnych zarządzeń, wniosek ten nie może być zatem uznany za wystarczającą gwarancję.

4. Wnioski

W podsumowaniu należy stwierdzić, że prawo do należycie uzasadnionego wyroku stanowi element prawa do sądu i sprawiedliwości proceduralnej, które winny być zagwarantowane niezależnie od tego, czy od wydanego rozstrzygnięcia służy jeszcze środek zaskarżenia. Uzasadnienie wyroku ma dla stron i społeczeństwa tak duże znaczenie, że nie ma podstaw do różnicowania w tym zakresie standardu w postępowaniu karnym *sensu stricto* i w postępowaniu w sprawach o wykroczenia. Powoduje to, że brak jest dostatecznych podstaw, w tym aksjologicznych, do wyłączenia dopuszczalności zażale-

³³ D. Kala, *op. cit.*, s. 51.

³⁴ Istotne znaczenie uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego podkreśla także W. Grzeszczyk, *op. cit.*, s. 39–49.

³⁵ Tak też M. Kulikowska, *op. cit.*, s. 162–163.

³⁶ Tytułem przykładu, postanowienie SN z dnia 13 lutego 2017 r., III KZ 3/17, LEX nr 2216183, zapadło w wyniku wniesienia zażalenia na zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie wyroku sądu odwoławczego złożonego przez stronę, która nie zaskarżyła wyroku pierwszoinstancyjnego, choć żaden przepis nie ogranicza jej prawa do uzyskania wyroku sądu odwoławczego. Natomiast postanowieniem z dnia 25 lutego 2016 r., V KZ 6/16, LEX nr 1991156, SN uchylił zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku o uzasadnienie wydane przed upływem terminu na uzupełnienie braków formalnych tego wniosku.

nia na wydane w postępowaniu wykroczeniowym zarządzenie o odmowie przyjęcia wniosku strony o uzasadnienie, a glosowana uchwała nie może spotkać się z aprobatą.

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.
Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1713 z późn. zm.
Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.

Orzecznictwo

- Postanowienie TK z dnia 11 kwietnia 2005 r., SK 48/04, OTK-A 2005, nr 4, poz. 45.
Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., SK 30/05, OTK-A 2006, nr 1, poz. 2.
Wyrok ETPC z dnia 22 lutego 2011 r., *Lalmahomed p-ko Holandii*, skargi nr 26036/08.
Uchwała SN z dnia 15 listopada 1975 r., V KRN 109/75, OSNKW 1976, nr 2, poz. 30.
Postanowienie SN z dnia 4 września 2003 r., WZ 39/03, LEX nr 185111.
Wyrok SN z dnia 4 listopada 2003 r., V KK 74/03, LEX nr 84219.
Postanowienie SN z dnia 12 października 2005 r., WZ 72/05, LEX nr 217619.
Postanowienie SN z dnia 30 sierpnia 2006 r., III KZ 44/06, LEX nr 196979.
Postanowienie SN z dnia 7 lutego 2013 r., III KZ 92/12, LEX nr 1277772.
Postanowienie SN z dnia 4 kwietnia 2013 r., II KZ 9/13, LEX nr 1294348.
Postanowienie SN z dnia 25 lutego 2016 r., V KZ 6/16, LEX nr 1991156.
Postanowienie SA w Krakowie z dnia 25 lutego 2016 r., II AKz 54/16, KZS 2016, nr 3, poz. 48.
Postanowienie SN z dnia 14 grudnia 2016 r., III KZ 80/16, OSNKW 2017, nr 4, poz. 22.
Postanowienie SN z dnia 13 lutego 2017 r., III KZ 3/17, LEX nr 2216183.
Postanowienie SN z dnia 23 sierpnia 2017 r., III KZ 38/17, LEX nr 2349403.
Uchwała SN (7) z dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 12/17, LEX nr 2428791.

Literatura

- Broniecka R., *Uzasadnienie wyroku w polskim postępowaniu karnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.
Garlicki L. (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
Gostyński Z., *Glosa do wyroku SN V KRN 109/75*, „Nowe Prawo” 1976, nr 10.
Gruszecka D., *Zmiany standardu uzasadnienia wyroku w kontekście kontradydoryjności procesu karnego i realizacji prawa do obrony*, „Palestra” 2015, nr 7–8.
Grzeszczyk W., *Uzasadnienie wyroku sądu odwoławczego*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6.

- Kala D., *Prawo do uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego jako element sprawiedliwości proceduralnej w sprawach karnych*, [w:] A. Lach (red.), *Środki zaskarżenia po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2015.
- Kulikowska M., *Wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku jako forma realizacji prawa do sądu*, „Studia Prawnicze” 2014, nr 4.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.
- Skretowicz E., *Wniosek strony o sporządzenie uzasadnienia wyroku karnego*, „Nowe Prawo” 1978, nr 7–8.
- Starzyński P., *Uzasadnienie wyroku jako gwarancja rzetelnego procesu karnego*, [w:] J. Karaźniewicz, T. Kuczur (red.), *Karnomaterialne i procesowe instrumenty ochrony jednostki przed nadużyciami władzy państwowej*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2015.
- Waltoś S., *Proces karny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
- Wiliński P., *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *idem* (red.), *Rzetelny proces karny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Wiliński P., *Sprawiedliwość proceduralna a proces karny*, [w:] Skorupka J. (red.), *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Kulesza C., Starzyńska R., *Obowiązek uzasadniania orzeczeń sądowych a prawo do obrony*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 5.
- Zgryzek K., *Zwięzłe uzasadnienie – czy to jeszcze uzasadnienie*, [w:] P. Hofmański (red.), *Fiat iustitia, pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłociemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, Lexis Nexis, Warszawa 2014.

ISSN 2450-3932